

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

RAFAELA LOPES ANDRADE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS
ANESTESIOLOGISTAS**

BRASÍLIA

2012

RAFAELA LOPES ANDRADE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS
ANESTESIOLOGISTAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito no Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

BRASÍLIA

2012

RESUMO

A presente pesquisa possui como finalidade apresentar um estudo sobre a responsabilização civil dos médicos anestesiológicos, frente ao atual estágio de desenvolvimento deste campo médico. Assim, em um primeiro momento procura-se tratar de aspectos da teoria geral da responsabilidade civil. Posteriormente, são abordadas algumas questões da ciência anestesiológica e suas peculiaridades, visando o esclarecimento do leitor sobre o parâmetro de atuação deste profissional. E, por fim, adentra-se especificamente no campo da responsabilidade civil do médico anestesiológico, frente ao alegado erro médico e sua relação com outros profissionais da saúde. Assim, há o objetivo de demonstrar como a questão da responsabilização civil dos médicos anestesiológicos vem sendo tratada pelo direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Culpa. Obrigação. Anestesia. Anestesiológico. Autonomia. Solidariedade. Informação.

ABSTRACT

The present research has as purpose to present a study on the civil responsibility of anesthesiologists, compared to the current stage of development of this medical field. So at first we discuss to address aspects of the general theory of responsibility. Later, we discuss briefly aspects of science anesthesiology seeking enlightenment to reader on the parameter of performance of this professional. And finally, penetrates to the realm of civil liability of the anesthesiologist, against the alleged malpractice and its relationship with other health professionals. The objective is to demonstrate how the issue of civil responsibility of anesthesiologists has been by brazilian law.

KEY-WORDS: Civil responsibility. Guilt. Obligation. Anesthesia. Anesthesiologist. Autonomy. Solidarity. Information.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	09
1.1 Pressupostos da Responsabilidade civil.....	12
1.1.1 A conduta.....	13
1.1.2 O dano.....	16
1.1.3 O nexo de causalidade.....	18
1.2 Espécies de responsabilidade civil.....	19
1.2.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	19
1.2.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	22
1.3 Excludentes da responsabilidade civil.....	23
1.4 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.....	26
2 ANESTESIOLOGIA.....	29
2.1 Conceito, formação e conduta.....	29
2.2 Evolução da anestesiologia.....	30
2.3 Deveres do médico anestesiológista.....	32
2.4 Espécies de erros.....	35
2.5 Tipos de anestésias.....	36
3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA.....	40
3.1 Responsabilidade civil do médico anestesiológista e do cirurgião-chefe.....	45
3.2 Responsabilidade civil do médico anestesiológista em face de erro do médico residente.....	51
3.3 Responsabilidade civil do médico anestesiológista pelo fato da coisa.....	54
3.4 Consentimento informado.....	55
3.5 Análise final.....	59
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto de pesquisa a análise da responsabilidade civil do médico anesthesiologista, em suas diversas perspectivas, perante a doutrina, a jurisprudência e a legislação pátrias.

O instituto da responsabilidade civil se mostra de grande relevância e atualidade para a sociedade e para o direito. A função da responsabilidade civil confunde-se com a própria função do direito, qual seja, o restabelecimento do equilíbrio da ordem social.

Na contemporaneidade o homem detém mais consciência acerca de seus direitos e possui maior acesso a informações. Neste diapasão, o instituto da responsabilidade civil passa a ser recorrido com maior frequência. Verifica-se que as demandas judiciais sobre o referido tema apresentam crescimento quantitativo e melhoramento qualitativo.

Não é diferente o cenário no tocante à responsabilização civil em face de erro médico. Cada vez mais pessoas, algumas com plena razão, mas outras, imbuídas pela ideia de que o médico possui o dever de cura, passam a recorrer ao Poder Judiciário em busca de indenização, sob a alegação de erro deste profissional.

No tocante à anesthesiologia, a situação se reveste de maior importância e complexidade. Este ramo da medicina talvez seja o que mais trabalha com o fator risco e um dos que mais exige do profissional preparação para lidar com situações inesperadas e repentinas. O tema reveste-se ainda de importância porque acidentes anestésicos muitas vezes causam consequências trágicas que variam desde lesões até mesmo a morte do paciente e sempre abarcam bastante polêmica.

Neste trabalho será abordada apenas a responsabilização civil do médico anesthesiologista, suas particularidades, e sua relação entre os demais profissionais da saúde. Não haverá, por conseguinte, estudos sobre responsabilidade penal e nem administrativa.

A presente pesquisa será organizada em três capítulos. O primeiro capítulo se destinará à abordagem dos aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, tais como seu conceito, aspectos históricos, seus pressupostos de existência, espécies e excludentes do dever de indenizar. Este capítulo é essencial para situar o leitor acerca da atual estrutura da teoria da responsabilização civil para o direito brasileiro.

No segundo capítulo serão explanados aspectos da ciência da anestesiologia, tais quais, sua constituição e evolução histórica, requisitos para formação do profissional, parâmetros de conduta e tipos de anestésias. Serão abordados, ainda, os deveres e espécies de erros dos profissionais atuantes nesta área. Assim, procura-se demonstrar aspectos gerais deste ramo da medicina, como forma de melhor compreender o parâmetro de atuação que deve guiar o médico anestesiológico, frente ao atual estágio de desenvolvimento desta seara médica.

Por fim, o terceiro e último capítulo é destinado à pesquisa dos aspectos peculiares e controvertidos da responsabilização civil do médico anestesiológico. Será investigada, em face da doutrina, da jurisprudência e da legislação brasileiras, a natureza da obrigação assumida por este profissional e a espécie de responsabilização, se subjetiva ou objetiva, em que o médico anestesiológico se enquadra, em face de erro cometido no exercício da profissão. Será analisada a relação entre o anestesiológico e o cirurgião-chefe e, ainda, entre este primeiro e o médico residente. Será feita, ainda, uma abordagem da responsabilização do médico anestesiológico pelo fato da coisa. E, então, se adentrará no campo do dever de informação, como meio de demonstrar a importância da prestação de informação clara, suficiente e adequada por parte do profissional da saúde, não só para o estreitamento da relação médico-paciente, como também em termos de responsabilização civil.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa será utilizado como metodologia o modelo dogmático-instrumental, a fim de contribuir teoricamente para resolução de problemas do cotidiano da sociedade. Para tanto este trabalho se valerá de pesquisa doutrinária, sendo utilizados os principais autores do segmento, assim como de interpretação de decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) bem como da legislação brasileira pertinente ao tema.

Na parte final do trabalho será apresentada uma síntese da pesquisa realizada e delineados aspectos decorrentes dos problemas sugeridos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, ramo integrante do direito das obrigações, é um tema de grande relevância social e de constante modificação, presente em diversas formas e em todos os ramos da realidade jurídica. Sua função primordial é o restabelecimento do equilíbrio das coisas, do *statu quo ante*. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.¹

A sociedade está em constante evolução e paralelamente a esta evolução surgem novas questões a serem solucionadas pelo direito. O instituto da responsabilidade civil passa, então, ano a ano a ser mais freqüentemente recorrido a fim de solucionar os problemas da sociedade civil, problemas estes antes muitas das vezes inimagináveis.

O crescimento quantitativo e qualitativo das ações indenizatórias é devido em parte pelo aumento do potencial lesivo na sociedade contemporânea, seja pelo uso de novas tecnologias, seja pelas inovações científicas, e pela própria massificação da sociedade. Afora isto, o próprio conceito de dano expandiu-se, não sendo possível mais configurá-lo apenas por fórmulas matemáticas.²

O instituto da responsabilidade civil, no decorrer de seu desenvolvimento histórico, não manteve a mesma estrutura que possui nos dias atuais. Primordialmente, a responsabilidade civil era objetiva, o que significa dizer, que não se perquiria a ideia de culpa para que houvesse a obrigação de indenizar. No Direito Romano, em um primeiro momento, vigorava a Lei das XII Tábuas, que por sua vez, continha a pena de Talião. A ideia que predominava era a da vingança privada e pessoal. Posteriormente, também no Direito Romano, evoluiu-se para a responsabilidade subjetiva, com a adoção da ideia de culpa, através da *Lex Aquilia*.³ Este sistema, posteriormente, veio a influenciar todo o Direito Comparado, inclusive grande parte das codificações modernas, que passaram a adotar a

¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-20.

²SCHREIBER, Anderson. O futuro da Responsabilidade Civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 718-720.

³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 4. v. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22-23.

responsabilidade subjetiva como regra.⁴ Entretanto, em momento posterior, com a evolução da sociedade, percebeu-se que a culpa não conseguia mais abarcar todas as diversas situações que surgiram e, então, jurisprudencialmente se deu início à ampliação do conceito de culpa, para chegar, posteriormente, ao acolhimento, por muitos ordenamentos jurídicos, da teoria do risco, e inclusive, retornando-se à responsabilização de algumas situações objetivamente.⁵

É da natureza do instituto da responsabilidade civil, por conseguinte, a sua constante transformação. O Direito Brasileiro não se manteve inerte diante deste cenário modificativo.

O Código Civil de 2002⁶ trouxe alterações no tocante à responsabilização civil em seu corpo legal se comparado ao Código Civil de 1916⁷. Apesar de dedicar menos dispositivos a este instituto do que o Código anterior conseguiu abarcar um maior número de situações, alterando em alguns pontos, inclusive, o tratamento dado ao referido tema.

No atual diploma civil a regra, ainda, é a responsabilização subjetiva, utilizando-se desta forma, a ideia de culpa para responsabilizar-se um indivíduo frente ao inadimplemento de uma obrigação, conforme previsão do artigo 927, *caput*.⁸

Há situações, entretanto, em que o diploma civil brasileiro prevê a culpa presumida. É o que dispõe, a título de exemplo, os artigos 936 e 937, ambos do atual Código Civil, o primeiro artigo versa sobre a responsabilidade civil pelo fato do animal e o segundo pelo fato da coisa. Melhor explana sobre o tema Caio Mário da Silva Pereira:

[...] na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se

⁴TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Método, 2011, p.316.

⁵GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

⁶BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 24 maio 2011.

⁷BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: 1916. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 24 maio 2011.

⁸Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.⁹

O atual diploma prevê, também, alguns casos de responsabilização objetiva, situações em que não há que se discutir culpa, sendo esta discussão irrelevante. Essa é a previsão constante, por exemplo, dos artigos 927, parágrafo único, 932 e 933, todos do atual Código Civil.

Há aqueles, entretanto, que acreditam que é o momento para mais mudanças neste instituto. Sustentam que a prova da culpa, do dano e do nexo de causalidade servem como verdadeiros filtros da reparação, de modo que contribuem para a irreparabilidade do dano causado à vítima.¹⁰

Cabe destacar, ainda, que o instituto da responsabilidade civil não pode ser confundido com o da obrigação. A responsabilidade civil possui conteúdo sucessivo, enquanto que a obrigação é originária. Inclusive, a responsabilidade surge em face da violação de uma obrigação, seja esta obrigação decorrente de um contrato ou mesmo da lei.¹¹

Em linhas gerais, pode-se definir responsabilidade civil como sendo uma “repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem”.¹² Ou, ainda, segundo Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹³

A responsabilidade civil, em conclusão, consiste na obrigação de reparar um dano, seja ele moral ou material, causado a outrem, em virtude de uma ação ou omissão, ou até mesmo pela simples decorrência da natureza da atividade exercida, de modo a restituir a situação anterior que tinha o particular ou mesmo amenizar um dano advindo de dada violação, se efetivando, geralmente, através da indenização.

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265-266.

¹⁰SCHREIBER, Anderson. O futuro da Responsabilidade Civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 722.

¹¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

¹²DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04.

¹³DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. 7. v. São Paulo: Saraiva, 2004, p.40.

O instituto da responsabilidade civil, no atual panorama de desenvolvimento da sociedade moderna, deve ser analisado com base no princípio da solidariedade social a fim de possibilitar uma conciliação entre o interesse individual daquele que foi lesado e o interesse de toda sociedade.

A solidariedade social encontra sólida previsão inclusive na Constituição Federal de 1988¹⁴, em seu art. 3º, inciso I, que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Em face da interpretação do direito como um todo, e não dividido na dicotomia público-privado, entende-se que o princípio da solidariedade possui ampla aplicação no direito civil. O instituto da responsabilidade civil é um dos que mais percebe a concretização deste princípio, basta para tanto, levar em consideração o surgimento da responsabilização objetiva no século XX e ainda a aceitação da responsabilidade em decorrência da atividade exercida e do risco criado, em detrimento única e exclusivamente da figura da culpa¹⁵. É importante salientar que a solidariedade social acaba por inverter o foco da responsabilização civil, que se volta para a vítima do dano em detrimento de seu causador.¹⁶

Por fim, cabe salientar que a responsabilização civil pode ser vista como um instituto meio para a obtenção de fins maiores, quais sejam: a prevenção de danos, a reparação dos já ocorridos, a distribuição do prejuízo, a punição do agente causador do dano, e, ainda, a função de servir de exemplo para toda a sociedade, de modo que outros evitem determinada conduta por saber as consequências que advirão.

1.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que haja o dever de indenizar alguém, em decorrência da responsabilização civil, é necessário o preenchimento de alguns elementos, quais sejam, uma conduta, um dano e um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. No tocante ao elemento

¹⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

¹⁵MORAES, Celina Bodin. *O Princípio da Solidariedade*. O presente texto foi escrito especialmente para integrar o volume comemorativo do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio. Disponível em: < <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf> > Acesso em: 15 nov 2011.

¹⁶SCHREIBER, Anderson. O futuro da Responsabilidade Civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 723.

culpa, não há unanimidade entre os doutrinadores quanto à sua necessidade como pressuposto configurador da responsabilidade civil.

O entendimento majoritário considera a culpa como necessária para que haja o dever de indenizar alguém em decorrência da responsabilização civil. Nesse sentido se posiciona Carlos Roberto Gonçalves, que assim se manifesta:

O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.¹⁷

A corrente minoritária, por sua vez, adotando uma concepção mais modernista, considera a culpa um elemento accidental da responsabilidade civil, conforme preleciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

[...]

Ora, pelo simples fato de a responsabilidade subjetiva ser a tônica do Código Beviláqua – especialmente influenciado pelo Código francês – não poderíamos chegar ao ponto de estabelecer a noção de culpa como pressuposto geral da responsabilidade civil.¹⁸

A culpa, de fato, não há de ser considerada pressuposto do dever de indenizar, uma vez que o direito brasileiro admite ao lado da responsabilização subjetiva, a objetiva e, nesta, por sua vez, não há discussão acerca da culpa. A culpa *lato sensu* deverá ser analisada *a posteriori*, em casos de responsabilização subjetiva.

1.1.1 A conduta

A conduta, como primeiro pressuposto do dever de indenizar pode ser comissiva, omissiva, ilícita e, inclusive, lícita. A responsabilidade poderá ser fruto de ato próprio, o que é a regra, entretanto, poderá decorrer, também, por ato de terceiro sob a guarda do agente e, ainda, por danos causados por animais ou coisas que lhe pertençam.

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

¹⁸GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

A conduta pode ser conceituada como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”¹⁹. O elemento voluntariedade é, pois, essencial para a validade da conduta em termos de responsabilização civil e “não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado”²⁰. Na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em outras palavras, a *voluntariedade*, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a *consciência daquilo que se está fazendo*. [...] Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.²¹

A conduta pode ser classificada em comissiva (positiva) ou omissiva (negativa), conforme previsão do artigo 186 do Código Civil.²²

No tocante à conduta comissiva não é necessário tecer maiores comentários, basta lembrar que constitui o atuar positiva e voluntariamente de modo a causar dano a outrem e que constitui a regra na responsabilização civil.

Para que haja a obrigação de reparar um dano causado a alguém, decorrente de uma omissão, é necessário impreterivelmente que haja o dever de agir. É preciso, ainda, que haja a demonstração de que a conduta não fora praticada, bem como, que caso tivesse sido praticada, o dano poderia ter sido evitado.²³

A responsabilização civil ainda pode ser decorrente de um ato ilícito ou mesmo lícito, conforme já ressaltado. De acordo com o artigo 186 do Código Civil, entende-se por ato ilícito como sendo aquele antijurídico capaz de causar dano a alguém.

Deste modo o ato ilícito é a lesão a direitos cumulada com o dano causado, que possui como consequência a obrigação de indenizar.²⁴ Assim, se há um dano, um ato ilícito e

¹⁹GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

²⁰STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

²¹GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 28.

²²Art. 186. Aquele que, por **ação** ou **omissão** voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. grifos nossos

²³TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Método, 2011, p. 365.

²⁴Idem Ibidem, p. 332-333.

o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, surgirá o dever de reparação, ressalvadas, por óbvio, as excludentes de ilicitude.

A ilicitude possui duplo aspecto e sentido. Em seu aspecto objetivo, a ilicitude resta caracterizada em decorrência da desconformidade de determinada conduta, em si mesma considerada, em relação a preceitos do direito. Sob este aspecto, fala-se em ato ilícito em sentido amplo. Por outro lado, em seu aspecto subjetivo, uma conduta é tida com ilícita desde que contrária ao valor estabelecido pela norma, ou seja, uma conduta é ilícita desde que praticada voluntária e livremente. Diante deste enfoque, surge a ideia de ato ilícito em sentido estrito.²⁵

Cabe ressaltar, entretanto, que até mesmo atos em conformidade com a lei e com princípios gerais de direito, ou seja, atos lícitos, podem gerar a responsabilização. A título de exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilização com base no risco da atividade, principalmente quando a culpa se mostra insuficiente para solucionar os danos ocorridos.²⁶ Assim, ainda que o agente atue lícitamente poderá haver o dever de reparar, de modo que não se pode incluir a ilicitude como fundamento essencial ao dever de indenizar.²⁷

O Código Civil prevê, ainda, hipóteses de responsabilização civil por ato de terceiros e por fato do animal e da coisa, conforme já salientado. São as denominadas responsabilizações indiretas, o que não constitui a regra no ordenamento pátrio.

A responsabilidade indireta está consubstanciada nos artigos 932, 937 e 938 do Código Civil e fundamenta-se no descumprimento de um dever de vigilância, de cuidado, dentre outros, imposto legalmente.

²⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7-11.

²⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. 7. v. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

²⁷GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37-38.

1.1.2 O dano

O dano resta configurado quando há uma lesão a um direito suportada por alguém, resultante de um prejuízo que incide sobre a própria pessoa ou sobre os seus bens. Esta lesão pode ser de ordem material ou extramaterial, ambas cumuláveis.

Não há como se falar em reparação ou ressarcimento, fruto de responsabilização civil, sem a ocorrência de um dano. Inclusive, a indenização, nos termos do art. 944 do Código Civil, se dá proporcionalmente ao *quantum* do dano.²⁸ Conforme, salienta Sérgio Cavalieri Filho:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.²⁹

O dano para ser indenizável deve preencher determinados requisitos. Primeiramente, deve haver a transgressão de um interesse jurídico, seja este interesse de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. O dano deve ser certo e efetivo, afinal, no ordenamento pátrio, não se admite danos hipotéticos. E, por fim, o dano deve subsistir no momento da reparação.³⁰

Cabe salientar que de acordo com o atual panorama de desenvolvimento da responsabilidade civil quando se falar em dano há que se ter mente o princípio da máxima reparação do dano, segundo o qual a reparação ao dano ocasionado tem que ser integral e adequada, de modo a restituir-se o equilíbrio da relação. Neste ponto a figura do seguro vem ganhando destaque. Cada vez mais o homem se resguarda, seja profissionalmente, seja em sua vida privada, através de seguros, a fim de tornar menos gravosa eventual responsabilização civil, em seu aspecto pecuniário.

²⁸STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 129.

²⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72-73.

³⁰GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37-38.

Conforme já salientado, os danos se classificam em danos materiais e extramateriais, ambos tidos como danos clássicos. Os primeiros também denominados danos patrimoniais. Já os segundos são tidos como danos morais.

Dano material é aquele que afeta diretamente o patrimônio da pessoa lesada, podendo incluir tanto bens materiais quanto imateriais. Compreende duas espécies, nos termos do artigo 402 do Código Civil, o dano emergente e o lucro cessante.³¹

O dano emergente “importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”.³² Compreende, por conseguinte, o que efetivamente foi perdido em termos patrimoniais.

O lucro cessante, por sua vez, comporta aquilo que o lesado deixará de auferir pecuniariamente, em momento posterior ao dano e em razão de sua existência, se consubstancia, portanto, “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.³³

Dano extramaterial é aquele que afeta a pessoa humana no seu ânimo psíquico. Carlos Roberto Gonçalves denomina o dano extramaterial de dano moral e o define como sendo:

[...] o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como se infere dos arts. 1º III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.
[...]

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.³⁴

Os danos extramateriais ganharam maior reparabilidade a partir da Constituição Federal de 1988, antes, eram tidos como de impossível reparação. Cabe salientar

³¹Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74.

³³Idem Ibidem, p. 74.

³⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

que sua reparação não necessariamente tem que ser em termos pecuniários, mas sim, tem que se dar de forma a atenuar as consequências do prejuízo imaterial.³⁵

A jurisprudência vem apresentando grande tendência acerca da desnecessidade de prova do dano moral, em face do salutar princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, há argumentação, em sentido contrário, afirmando que isto poderia vir a gerar enriquecimento sem causa.³⁶

Há que se ter em vista, ainda, que quando se fala em dano extramaterial está-se abordando um maior número de danos à dignidade da pessoa humana, tais quais o dano moral, o dano à imagem, danos psíquicos, dentre outros.

1.1.3 O nexo de causalidade

Conforme mencionado, é preciso também a existência de um nexo causal entre a conduta e o dano. Entende-se por nexo de causalidade como sendo a relação de causa e efeito entre o dano e a ação ou omissão, sendo que somente haverá o dever de indenizar se houver o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Quando o evento danoso possui concausas simultâneas, todos os agentes causadores do dano devem responder solidariamente, nos ditames do artigo 942 do Código Civil.

Há, entretanto, eventos que possuem concausas sucessivas, caracterizadas estas “quando o efeito de uma causa constituir uma nova causa de outro efeito, formando-se, pois, uma cadeia causal”.³⁷

Neste sentido, cada dia cresce a importância da demonstração do nexo de causalidade, tendo em vista a perda da força da culpa como critério substancial do dever de reparar. Assim, diversas teorias vêm sendo exploradas, no intuito de clarear o tema, como, por exemplo, as teorias da equivalência de condições, da causalidade adequada, da causalidade eficiente e da causalidade direta e imediata (esta última comporta uma subteoria, qual seja, a

³⁵TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Método, 2011, p. 409-410.

³⁶Idem Ibidem, p. 409-410.

³⁷NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. 7. v. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

da necessidade da causa). Esta última será adiante melhor explanada. Cabe salientar que os tribunais brasileiros se utilizam destas teorias, mas nem sempre, com o devido rigor técnico, outrora empregado na análise da culpa, principalmente quando o evento danoso possui concausas sucessivas.³⁸

A teoria da causa direta e imediata foi a adotada pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 403. Por esta teoria apenas se consideram causas aquelas vinculadas ao dano direta e imediatamente, sem a interferência de qualquer causa sucessiva. Assim, danos indiretos são desconsiderados.³⁹

Entretanto, passou a ser utilizada pelos tribunais brasileiros, em diversos arestos, a subteoria da necessidade da causa, pela qual surge o dever de indenizar quando o evento é efeito necessário de certa causa.⁴⁰

Assim, dia-a-dia, ganha relevo a demonstração do nexo causal como pressuposto para surgir o dever de indenizar.

1.2 Espécies de Responsabilidade Civil

Neste tópico serão analisadas apenas algumas espécies de responsabilidade civil que são relevantes para o desenvolvimento do trabalho ora proposto. Cabe ressaltar que não há a intenção de esgotamento do tema.

1.2.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela fundada na idéia de culpa. Para haver a obrigação de responsabilizar alguém é necessária a prova da culpa *lato sensu*, a menos que a culpa seja presumida, ocasião em que há inversão do ônus da prova.

³⁸SCHREIBER, Anderson. O futuro da Responsabilidade Civil: um Ensaio sobre as Tendências da Responsabilidade Civil Contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 723.

³⁹TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA; Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p.108-111.

⁴⁰Idem Ibidem, p. 108-111.

O direito civil pátrio não diferencia a culpa do dolo, referindo-se a ambos como culpa *amplo senso*. Para o presente trabalho, entretanto, interessa o conceito de culpa em sentido estrito.

A definição de culpa *stricto sensu* não é simples, como pode parecer em um primeiro momento. Diferentes conceituações já foram propostas no decorrer do tempo, desde aquelas mais voltadas para o aspecto psicológico da culpa, quanto aquelas tendentes para a ideia de dever. Rui Stoco apresenta didática conceituação de culpa em sentido estrito:

A culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.⁴¹

A culpa *strictu senso* resta configurada quando está presente um dos seguintes elementos: negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido preleciona Humberto Theodoro Júnior:

Na culpa em sentido estrito, o que de fato acontece não é o propósito de lesar, mas a infração do dever de cautela necessário para evitar o dano. É nessa omissão e não na intenção de lesar que se situa o elemento subjetivo do ato ilícito culposos. A censurabilidade da conduta culposa reside no fato de ser possível prever o resultado danoso e, na falta de previsão, *in concreto*, por parte do agente. Se este chegou a prevê-lo e assim mesmo prosseguiu em sua conduta ilícita, procurando alcançá-lo, ou assumindo conscientemente o risco de produzi-lo, o caso seria de dolo e não de culpa.⁴²

A negligência consiste na falta de diligência na prática de um ato, “é o descuido no comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar”.⁴³

A imprudência, por sua vez, “revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos”.⁴⁴ É consistente em uma omissão de um dever, ou seja, em uma falta de cuidado omissiva.

⁴¹STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

⁴²THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

⁴³RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 04.

⁴⁴Idem Ibidem, p. 04.

A imperícia, por fim, resta configurada pela “falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos”.⁴⁵ A imperícia, portanto, se caracteriza pela carência técnica adequada para a prática de determinado ato.

A culpa pode ser mensurada em graus, para efeitos de reprovabilidade da conduta. Assim sendo, pode ser de natureza grave, leve ou levíssima. Esta classificação influencia reflexamente nos critérios e valores de indenização.

São diversas as modalidades de culpa, a saber: *in eligendo* (decorrente de escolha errônea), *in vigilando* (falta de fiscalização), *in committendo* (decorrente de uma ação), *in omittendo* (decorrente de uma omissão, quando a situação exigia como dever conduta positiva), *in custodiendo* (decorrente de uma falta no dever de cuidado, se referindo basicamente na falta do dever de custodiar um animal ou uma coisa).⁴⁶

A responsabilidade objetiva teve sua origem na França, em meados de 1897. Surgiu a partir de estudos de *Saleilles* e *Josserand*. É dependente de previsão legal, sendo irrelevante a idéia do agir com culpa ou não, bastando que haja a existência de uma conduta, de um dano, e do nexo de causalidade entre conduta e dano.

Há uma corrente doutrinária, ainda minoritária, a defender a responsabilidade objetiva como regra. Sustenta para tanto que a função da responsabilidade civil é a máxima reparação da vítima, sendo que esta deve sempre ser o foco. A idéia de se perquirir culpa para que haja a obrigação de indenizar, acaba por dar mais ênfase à conduta do lesante do que propriamente ao lesado. É o caso, por exemplo, de Rui Licino Filho, para quem o atual Código Civil é extremamente objetivista, em atendimento de uma nova sociedade com novas necessidades, de modo que a culpa não tinha como abarcar todos os casos de responsabilidade⁴⁷.

No direito brasileiro, entretanto, ainda prevalece a responsabilidade civil subjetiva como regra e a objetiva como exceção. O que é bem visto por muitos doutrinadores,

⁴⁵RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 04.

⁴⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

⁴⁷LICINO FILHO, Rui. *Da Responsabilidade Civil dos Anestesistas à Luz do Novo Código Civil e Sua Atribuição como Obrigação de Meio*. Disponível em: <<http://www.lmmr.com.br/site/wp-content/uploads/2010/03/Da-Responsabilidade-Civil-Dos-Anestesistas.pdf>> Acesso em: 20 fev 2011.

sob o argumento que a responsabilidade civil objetiva poderia vir acarretar um verdadeiro caos:

Se a responsabilidade objetiva não foi aprovada em uma sociedade rudimentar como a da época, imaginemos o estrago que poderia gerar se fosse adotada como regra na sociedade atual, tão complexa e massificada. Por tais razões, entendemos que a nova codificação continua adotando como regra geral a necessidade do elemento culpa para fazer surgir a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar. Isso, ao nosso ver, vai inclusive de acordo com o próprio princípio da socialidade, pelo caos que poderia gerar a adoção de teoria ao contrário.⁴⁸

Não há que se falar que uma espécie de responsabilidade há que prevalecer em determinado ordenamento jurídico, em detrimento de outra. Ambas devem coexistir no mundo jurídico, uma vez que cada uma tem sua função e importância.

1.2.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade civil contratual, também denominada negocial, é aquela fundada no descumprimento de uma obrigação, ou mesmo, no cumprimento parcial, decorrente de um acordo bilateral de vontades.

A responsabilidade civil contratual encontra guarida no Código Civil, nos artigos 389 a 393 e abarca todas as fases contratuais.

A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, também chamada de *aquiliana*, é aquela não derivada de um contrato, mas sim da violação de uma dever legal. Um exemplo de responsabilidade civil extracontratual bastante utilizado doutrinariamente é o caso de obrigação de reparar em decorrência de colisão de veículos. Veja que neste caso não há um contrato preexistente a reger a relação entre as partes. Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.⁴⁹

⁴⁸TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade subjetiva como regra geral do novo código civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>> Acesso em: 30 setembro 2011.

⁴⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

A responsabilidade civil extracontratual encontra previsão nos artigos 186, 187 e 927 do atual diploma civil.

Cabe salientar que há uma tendência a unificação destas espécies de responsabilidade, uma vez que os pressupostos de configuração de ambas são os mesmos: a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.⁵⁰

Nesse sentido, vem perdendo destaque essa divisão, levando em consideração que seja a responsabilidade contratual ou extracontratual, se estiverem presentes os pressupostos da responsabilização civil haverá o dever de indenização.

1.3 Excludentes da responsabilidade civil

As excludentes da responsabilização civil retiram um dos pressupostos da responsabilidade civil. São exemplos a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade e a remoção de perigo iminente. Estas excludentes retiram o caráter ilícito da conduta. Há outras que suprimem o nexo de causalidade, como por exemplo, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

O direito civil utiliza-se do conceito penalista de legítima defesa que, por sua vez, a considera como sendo o afastamento de injusta agressão, atual ou iminente, a direito do próprio indivíduo ou de outrem.⁵¹ A legítima defesa somente será excludente da responsabilização civil se utilizada sem exacerbações e desde que não seja putativa. O artigo 188, inciso I, do Código Civil não considera ato ilícito o praticado em legítima defesa.

Ainda no artigo 188, inciso I, do Código Civil há a previsão de que também não é considerado ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido.

O artigo 188, inciso II, do Código Civil elucida não configurar ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Assim, há de se concluir que o estado de necessidade e a remoção de perigo iminente, desde que utilizados com moderação, também, são causas excludentes de ilicitude.

⁵⁰NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. 7. v. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.26.

⁵¹BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 25 abril 2011.

Entretanto, é cabível ressaltar que o art. 929 do Diploma Civilista Brasileiro prevê que a pessoa lesada ou o dono da coisa terá direito à indenização pelo prejuízo sofrido, desde que não seja culpada pelo ocorrido, sendo cabível, entretanto, conforme disposição do art. 930, ação regressiva daquele que indenizou o lesado em face do terceiro causador do perigo.

Cabe, ainda, breve explanação sobre as excludentes do nexo de causalidade, que acabam por acarretar também a exclusão do dever de indenizar. Estas excludentes não permitem a configuração do nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano existente. São consideradas excludentes do dever de indenizar o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior, conforme acima mencionado.

Resta configurado o fato exclusivo da vítima sempre que essa der causa ao evento danoso. Não há como imputar a responsabilidade a uma terceira pessoa por conduta praticada única e exclusivamente pela própria vítima, devendo, pois, o próprio indivíduo arcar com os prejuízos decorrentes de sua conduta. José Aguiar Dias assim observa: “admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”⁵².

O fato exclusivo de terceiro é questão bastante controvertida no direito pátrio. A expressão terceiro é entendida como o indivíduo não participante da relação jurídica original, seja ela contratual ou extracontratual. Neste ponto é importante destacar que há que se verificar se o fato ocorreu por conduta exclusiva do terceiro ou se houve concorrência para o prejuízo. Somente o atuar exclusivo de terceiro é que proporciona o rompimento do nexo de causalidade.⁵³

No tocante ao caso fortuito e à força maior a regra é que acarretam a exclusão do nexo de causalidade. Entretanto, conforme alerta Flávio Tartuce em alguns casos poderá haver a responsabilização do agente. São três as exceções apresentadas pelo referido autor: a primeira quando o devedor estiver em mora, ocasião em que poderá responder pelo caso fortuito ou pela força maior, salvo se provar a ausência de culpa ou que o dano ocorreria ainda

⁵²DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 944.

⁵³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 4. v. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

que não houvesse a mora; a segunda decorre de cláusula de assunção convencional e a terceira hipótese é através da previsão legal.⁵⁴

Por fim, cabe tecer breve explanação a cerca da cláusula de irresponsabilidade. A cláusula de irresponsabilidade também denominada de cláusula de não indenizar consiste em uma garantia de irresponsabilidade pela prática de determinado ato, independentemente do que futuramente vier a ocorrer. Em outras palavras, por esta cláusula, ainda que exista o dano, a vítima se compromete a não buscar a reparação.

Sílvio de Salvo Venosa apresenta clareador conceito atinente à cláusula de não indenizar:

[...] trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declarar que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.⁵⁵

Tal espécie de cláusula é bastante utilizada na especialidade médica, como uma espécie de proteção conferida a estes profissionais de saúde, uma vez que se considerada válida, permite a estes profissionais uma ampla liberdade em seu agir, sem que haja receio de imputação de erro.

Muito se questiona na doutrina a respeito da validade desse tipo de cláusula. Parte dos autores, baseando-se no princípio da autonomia da vontade, estabelece que as partes possuem liberdade de estipularem o que bem entenderem em seus contratos, desde é claro que o contrato seja lícito. Outros a consideram como cláusula imoral, contrária ao interesse social, não possuindo validade, portanto.⁵⁶

O atual Código Civil apenas se manifesta sobre o assunto no seu artigo 393, pelo qual admite a cláusula de irresponsabilidade desde que o evento danoso seja decorrente de caso fortuito ou força maior. O Código de Defesa do Consumidor⁵⁷, por sua vez, em seus

⁵⁴TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Método, 2011, p.581-582.

⁵⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 4. v. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59.

⁵⁶PETROUCIC, Mariana Zocca. *A Responsabilidade Civil do Médico Anestesiologista*. 2008. Monografia apresentada como requisito para obtenção de grau em bacharel em Direito – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente – São Paulo, 2008.

⁵⁷BRASIL, *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 25 janeiro 2012

artigos 24, 25 e 51, veda completamente a validade deste tipo de cláusula, o que de fato se apresenta condizente com a condição de hipossuficiência do consumidor em face do fornecedor.

Entende-se que esta cláusula é, de fato, manifestamente abusiva, uma vez que retira do lesado a possibilidade de qualquer pleitear qualquer espécie de reparação. Tal cláusula viola o princípio constitucional do direito de petição e ainda o da integral reparação do dano, devendo ser considerada nula e assim não deve ser tida como excludente da responsabilização civil.

1.4 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresenta importantes conceitos para o instituto da responsabilidade civil, uma vez que grande parte das relações estabelecidas no seio da sociedade moderna é regulada pelo referido Código.

De acordo com esta legislação, mais precisamente com seus arts. 2º e 3º, considera-se consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviço como destinatário final” e fornecedor aqueles que “desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”. Há, ainda, a figura do consumidor por equiparação como sendo aquele que apesar de não ter adquirido diretamente o produto ou o serviço, sofre consequências advindas destes.

No Código de Defesa do Consumidor o fornecedor possui responsabilidade objetiva, fundada no risco do empreendimento. Verifica-se, assim, que esta norma principiológica transfere os riscos da atividade do consumidor para o fornecedor. Assim é preceituado no artigo 12 do referido Código:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Logo, como regra, aquele que disponibiliza no mercado produto ou serviço defeituoso ou viciado será responsabilizado por tal conduta.

Cabe salientar que vício e fato do produto são conceitos diferentes, mas ambos relacionados a um defeito apresentado pelo produto. A diferença reside na amplitude do dano. No vício do produto há um defeito que acarreta o não funcionamento de um produto ou seu mau funcionamento. O fato do produto relaciona-se com acidente de consumo em decorrência do defeito do produto. Estes conceitos também se estendem para a prestação de serviços. Assim ensina Sérgio Cavalieri Filho:

[...] A palavra-chave neste ponto é *defeito*. Ambos decorrem do produto ou do serviço, só que no *fato do produto* ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. *Vício*, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.⁵⁸

Neste sentido existem três possíveis responsáveis pela reparação. O responsável real que é o fabricante, o produtor ou o construtor. O responsável presumido que é o importador. E, por fim, o responsável aparente, que será o comerciante, que responderá subsidiariamente, a menos que a responsabilidade seja em razão do mau acondicionamento do produto.⁵⁹

Outro tratamento, entretanto, foi dado por essa norma aos profissionais liberais, no tocante à responsabilização civil. Enquadram-se como profissionais liberais, por exemplo, o médico e o advogado.

Quando se tratar de responsabilidade do profissional liberal a responsabilização será subjetiva, o que significa dizer que este profissional responde mediante prova da culpa. Assim é preceituado no artigo 14, § 4º:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Esse tratamento diferenciado justifica-se em razão haver uma pactuação mais igualitária entre ele e o consumidor, presumindo-se uma relação de confiança recíproca. A

⁵⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 265.

⁵⁹Idem Ibidem, p. 273-274.

relação se dá *intuitu personae*. A opção do legislador encontra-se respaldada também na própria proteção do profissional liberal, em face do mercado massificado.⁶⁰

Na relação entre profissional liberal e consumidor é necessário que se delimite com clareza a natureza da obrigação assumida pelo primeiro, se de meio ou de resultado. Na obrigação de meio há o comprometimento com o emprego da melhor técnica e do atuar mais condizente para a obtenção do resultado. Na obrigação de resultado, por sua vez, há o dever de se obter o resultado almejado.

Essa diferenciação se reveste de maior importância no tocante à prova da culpa. Na obrigação de meio o consumidor deverá provar a presença, além dos pressupostos da responsabilização civil, também a configuração da culpa. Na obrigação de resultado a culpa é presumida, cabendo ao profissional afastar esta presunção.

Por fim, cabe salientar que o Código de Defesa do Consumidor prevê, também causas excludentes da responsabilização civil. São elas, quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Percebe-se que o diploma consumerista apresenta importantes noções para o instituto da responsabilidade civil, aplicáveis em grande parte das relações desenvolvidas no cotidiano dos indivíduos.

⁶⁰TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Método, 2011, p.497.

2 ANESTESIOLOGIA

2.1 Conceito, formação e conduta

Anestesiologia é a ciência que se dedica ao estudo de métodos e técnicas para supressão total de sensações, tal qual a dor, a consciência, o tônus muscular, dentre outras, durante um procedimento médico. São diversas as técnicas utilizadas e nem sempre há a supressão total de todas as sensações, e por isso a multiplicidade de métodos empregados a depender da finalidade médica almejada.

O médico anestesiológico talvez seja o profissional da medicina que mais tenha que lidar com o fator risco, afinal trabalha com uma diversificada gama de pacientes, desde crianças até mesmo a idosos e em variadas situações, vinculadas às atividades de outros profissionais, interpretando uma extensa lista de informações em um mesmo espaço de tempo. Afora isto, lida com o manuseio de uma enorme quantidade de drogas, algumas das quais de alta potencialidade letal, tendo que lidar com resultados inesperados que podem levar à morte, deve, pois, possuir alta capacidade adaptativa e de tomada de decisões. Deve, ainda, saber diferenciar rapidamente uma reação normal e esperada a uma droga da reação inesperada.⁶¹

Apesar de ter havido grandes avanços na pesquisa e na ministração da anestesia geral que possibilitaram o perfazimento de procedimentos cirúrgicos mais complexos, ainda é uma verdade que os efeitos neurodepressores dos medicamentos são mais propensos a causar o falecimento do que a cirurgia propriamente dita. Além da letalidade, alguns efeitos como perda de controle das vias respiratórias e problemas cognitivos e de memória também podem ser influenciados pelo uso dos anestésicos. É importante ressaltar, todavia, que as pesquisas começam a clarear este universo complexo que é o mecanismo de funcionamento dos anestésicos.⁶²

No Brasil para uma pessoa se tornar um médico especialista em anestesiológico é necessário a conclusão de curso de medicina em instituição de ensino devidamente credenciada pelo Ministério da Educação, com duração de 06 (seis) anos e, ainda obter especialização médica na área, podendo esta especialização ser realizada na forma de residência em estabelecimento hospitalar credenciado e devidamente supervisionado pela

⁶¹WIKINSKI apud GIOSTRI, Hildergard Taggesell. *Erro medico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 52-53.

⁶²BEVERLEY. Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p.58.

Sociedade Brasileira de Anestesiologia, bem como pelo Ministério da Saúde ou através de pós-graduação na área.

2.2 Evolução da anestesiologia

A anestesiologia é uma das áreas da medicina mais intrigantes e que mais desperta a curiosidade das pessoas. O fato de retirar as sensações dos indivíduos faz com que esta área médica seja envolta de mistérios por parte da cultura popular. A anestesia é utilizada para auxiliar os demais procedimentos médicos há bastante tempo.

A anestesia já era utilizada pelas mais remotas civilizações. Os egípcios, por exemplo, utilizavam substâncias anestésicas em seus procedimentos. Em outros povos há indícios da utilização de substâncias como papoula, folha de coca, entre outras, como anestesia.⁶³

Há registros históricos no sentido de que Crawford Williamson Long, exercente da medicina nos Estados Unidos, utilizou pela primeira vez, em 1842, o éter como forma de diminuir a dor em procedimento cirúrgico. Entretanto, não efetuou pedido de patente, nem ao menos publicou a descoberta. Em 1846, um dentista, denominado William T. Morton, novamente utilizou o éter para redução da dor. Desta vez, houve a publicação do feito e dentro de curto espaço de tempo a substância já era conhecida mundialmente. Em 1847 o clorofórmio foi utilizado pelo médico John Snow em uma cirurgia em um membro da família real da Inglaterra. Devido às suas propriedades, descobriu-se que era preciso ter um grande domínio da técnica para ministrar tal substância, caso contrário resultaria em falecimento.⁶⁴

Posteriormente, descobriu-se a possibilidade de utilização do óxido nitroso como anestésico. Entretanto, depois de utilizado algumas vezes quedou-se em desuso por muitos anos.

Cabe salientar que dois fatores foram de fundamental importância para o desenvolvimento das técnicas anestesiológicas, quais sejam: as duas Guerras Mundiais e o ganho de complexidade dos procedimentos cirúrgicos.

⁶³LICINO FILHO, Rui. *Da Responsabilidade Civil dos Anestesistas à Luz do Novo Código Civil e Sua Atribuição como Obrigação de Meio*. Disponível em: <<http://www.lmmr.com.br/site/wp-content/uploads/2010/03/Da-Responsabilidade-Civil-Dos-Anestesistas.pdf>> Acesso em: 20 fev 2011 p. 07.

⁶⁴STOELTING, Robert k. ; MILLER, Ronald D. *Bases de Anestesia*. 4. ed. São Paulo: Roca, 2004, p. 03.

Na Primeira e na Segunda Guerra Mundial, iniciadas, respectivamente, em 1914 e 1939, foram inúmeros os feridos, o que fez com que a busca por formas de diminuição da dor ganhasse grande relevo, sendo a mola propulsora para a pesquisa de novos anestésicos e o aprimoramento das técnicas existentes.⁶⁵

Durante grande parte do século XX, cientistas e médicos acreditavam que os anestésicos desorganizavam os componentes lipídicos das membranas das células. Na modernidade, entretanto, houve descobertas importantes para o avanço neste ramo da medicina:

[...] descobriu-se que os anestésicos “interagem com muitos tipos de proteínas dos receptores encontrados na superfície de células neurais. A presença de subtipos particulares de receptores apenas em determinadas subpopulações de células determinará quais delas são influenciadas por um anestésico.”⁶⁶

A complexidade das cirurgias fez com que surgisse demanda de marcado por novas técnicas mais requintadas, eficientes a fim de propiciar maior segurança e conforto aos pacientes.

Entretanto, a anestesia continuava sendo vista como modalidade acessória da cirurgia. Não existia, na maioria dos casos, um profissional especializado para ministrá-la, o que era feito pelo próprio cirurgião, por uma enfermeira, ou por qualquer outro profissional que se habilitasse.

Na atualidade, entretanto, este panorama está sendo modificado. Além de surgirem novas técnicas, mais modernas e seguras, alguns grupos de estudos começam a desvendar os efeitos da anestesia sobre o corpo humano, conforme explana a professora, pesquisadora e médica Orser A. Beverley:

As pesquisas revelam que a atividade desses fármacos envolve interações específicas com subpopulações de células do sistema nervoso, para criar cada uma das propriedades da anestesia. Com esse conhecimento, poderemos finalmente desenvolver uma nova geração de medicamentos com riscos mínimos. A pesquisa também pode melhorar tratamentos com

⁶⁵DRIPPS, Robert D.; ECKENHOFF, James E.; VANDAM, Leroy D. *Anestesiologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980, p. 01.

⁶⁶BEVERLEY, Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p. 60.

sedativos e remédios para dormir, que compartilham os mesmos mecanismos.⁶⁷

Afora isto a anestesiologia passa a ser vista como ciência autônoma, sendo tema de profundas pesquisas e embates acadêmicos. Devido à sua evolução, tornou-se bastante complexa, o que exige cada vez mais dedicação e estudo do profissional que escolhe atuar nesta área.

Não há mais que se falar em anestesia como modalidade acessória de uma cirurgia, em profissionais não especializados e inabilitados atuando nesta área de concentração. O domínio da técnica, nos dias atuais, é extremamente cobrado.

O ganho de autonomia fez com que novas questões surgissem não só na ciência médica, como também no segmento jurídico, questionava-se do ponto de vista jurídico a natureza da obrigação assumida pelo anestesiológista e aspectos da responsabilização civil deste profissional, em face de alegado erro médico.

Hoje, profissionais desta especialidade médica tem que lidar com questões complexas que vão além dos conhecimentos médicos, tais quais se responde solidariamente com o cirurgião-chefe por eventual cometimento de erro por um desses profissionais, se responde por erro de um residente sob sua subordinação, se responde, por exemplo, por falha advinda da coisa, dentre outras. Assim cresce o interesse dos profissionais da área médica por um estudo jurídico, afim de entenderem o funcionamento do instituto da responsabilização civil.

2.3 Deveres do médico anestesiológista

O médico anestesiológista possui deveres que vão além da cirurgia propriamente dita, cabendo a ele realizar acompanhamento pré-operatório, operatório e pós-operatório.

No pré-operatório cabe ao médico anestesiológista examinar detalhadamente o prontuário médico, a fim de obter uma visão do quadro clínico do paciente. Cabe a ele ainda, conversar com o paciente, sempre que possível, para saber sua real situação, bem como seus antecedentes, com o intuito de descobrir eventual doença até então desconhecida, eventuais

⁶⁷BEVERLEY. Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p. 59.

medicamentos utilizados ou mesmo alguma restrição a determinada substância. É seu dever, também, requisitar exames necessários ao bom andamento da anestesia, bem como proceder à análise dos já existentes. Tudo isso com o objetivo de traçar parâmetros de atuação e determinar o risco cirúrgico. “Cumprir ao anestesista avaliar o risco do paciente antes da cirurgia em função de cardiopatias existentes, anemia, alergia a medicamentos, estado geral, funções renal e hepática, etc.”⁶⁸

Mário Alberto Jegier sintetiza os princípios básicos da avaliação pré-operatória:

1. O melhor preditor da morbimortalidade perioperatória é a condição clínica ou situação médica pré-operatória do paciente cirúrgico.
2. O paciente deve ser avaliado com antecipação suficiente para conhecer sua condição clínica e poder modificá-la, se necessário.
3. O profissional que melhor pode realizar a avaliação pré-operatória é o anesthesiologista.
4. A avaliação pré-anestésica deve ser completa.
5. Para realizar uma avaliação pré-operatória adequada e completa, é importante contar com o consultório de avaliação.⁶⁹

A Resolução nº 1.363 do Conselho Federal de Medicina determina ser dever do anesthesiologista antes de dar início a qualquer procedimento cirúrgico verificar as condições clínicas do paciente, podendo, inclusive, se recusar a praticar o ato anestésico, caso entenda não ser conveniente dar início a tal procedimento, em face de determinada condição clínica.⁷⁰

Este profissional deve ainda avaliar, previamente, as situações de segurança do ambiente hospitalar, a fim de garantir o bom andamento do procedimento cirúrgico. A adoção de tal parâmetro de atuação se constitui em medida de segurança tanto para o profissional, a fim de propiciar-lhe condições adequadas de trabalho, quanto para o paciente a ser submetido à intervenção médica.

⁶⁸MENDES, Nelson Figueiredo. *Responsabilidade ética, civil e penal*. São Paulo: Sarvier, 2006, p. 148.

⁶⁹JEGIER, Mário Alberto. Avaliação pré-operatória. In: JEGIER, Mário Alberto; LEONE, Fernando José. *Manual de anesthesiologia: conceitos e aplicações para a prática diária*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 45.

⁷⁰CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.363 de 12 de março de 1993*. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1993/1363_1993.htm> Acesso em: 12 julho 2011.

As condições mínimas de segurança, de acordo com a Resolução nº 1.363 de 1993 do Conselho Federal de Medicina, para a realização do ato anestésico se verificam pela presença na sala de cirurgia de equipamentos, tais quais, o esfigmomanômetro, que é conhecido, popularmente, como aparelho de pressão, o estetoscópio precordial ou esofágico e o cardioscópio, aparelhos estes que permitem a monitoração da pressão arterial e do funcionamento do coração do paciente. Ademais, é imprescindível que estejam presentes, também, outros equipamentos, como por exemplo, o desfibrilador, o sistema ventilatório, tubos traqueais, secção de fluxo contínuo de gases, guia, pinça condutora de tubos traqueais, laringoscópio, cânulas orofaríngeas, aspirador, agulhas, além de gases e drogas para pronto uso.

No decorrer do procedimento operatório é seu dever está sempre presente na sala cirúrgica. E além de ministrar a anestesia previamente escolhida e mais adequada ao caso concreto, cabe a ele averiguar a oxigenação, ventilação, circulação e temperatura corporal do operando, conforme elucida a já citada resolução 1.363 de 1993 do Conselho Federal de Medicina. Durante o ato cirúrgico o anestesiológista jamais pode se retirar da sala de operação e muito menos realizar simultaneamente anestésias em diferentes pacientes, conforme elucida a Resolução 1.802 do Conselho Federal de Medicina.⁷¹

Outro ponto a ser salientado, é a respeito da importância do preenchimento adequado pelo médico anestesiológista da ficha de anestesia e da folha de evolução médica. Nela, devem ser registradas as intercorrências cirúrgicas, os sinais vitais do paciente, bem como medicamentos e drogas utilizados e procedimentos adotados. A importância do preenchimento adequado deste instrumento reside no fato de ele se constituir em meio probatório dos acontecimentos do decorrer do procedimento cirúrgico, a fim de elidir eventual responsabilização civil.⁷²

Por fim, é cabível ressaltar que uma cirurgia e consequentemente a anestesia não acabam propriamente na sala de operação. Todos os pacientes, graves ou não, após terem recebido anestésias, devem ter acompanhamento pós-anestésico, a variar caso a caso. A título de exemplo, é necessário haver uma sala de recuperação pós-anestésica (SRPA) que é uma

⁷¹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1802, de 04 de outubro de 2006*. Dispõe sobre a prática do ato anestésico. Revoga a Resolução CFM n. 1363/1993. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1802_2006.htm> Acesso em: 5 abril 2012.

⁷²FEREZ, David; CALLEGARI, Desiré Carlos; POSSO, Irimar de Paula; et. alli. (coord.). *Manual de orientação ao anestesiológista*. 2 ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo/Sociedade de Anestesiologia do Estado de São Paulo, 2003, p.14.

unidade de cuidados pós-operatórios, equipada com recursos humanos, anesthesiologista, chefe de enfermagem e enfermeiros e recursos materiais, espaço físico, climatização e iluminação adequadas, além de equipamentos essenciais. Cabe ao anesthesiologista, nesse contexto, realizar o acompanhamento do paciente, relatar aos demais profissionais da SRPA as características da pessoa, sua situação clínica e restrições. É competência desse profissional, ainda, conceder o aval para liberação do paciente. Mabel Esteban explana sobre o importante dever de assistência do anesthesiologista no pós-operatório:

O paciente operado deve chegar à SRPA acompanhado do anesthesiologista, que permanecerá assistindo-o até que o coordenador e as enfermeiras possam assumir a responsabilidade do atendimento.

[...]

O anesthesiologista retirar-se-á da SRPA quando o paciente estiver em seu leito definitivo, monitorado e depois de receber o relatório dos controles vitais atualizados pelo pessoal da sala.⁷³

É evidente, por tudo até agora exposto, que o médico anesthesiologista é um profissional que deve deter enorme conhecimento técnico e habilidade para manuseio do seu instrumento de trabalho. Sua habilidade e conhecimento técnico vêm acompanhados da grande responsabilidade que possui em relação à vida de outro ser humano. Possui em suas mãos o domínio da arte de suprimir sensações inerentes à condição humana.

2.4 Espécies de erros

Os principais erros em anesthesiologia podem ser separados em três principais grupos, divididos de acordo com os tipos de erros: erros farmacológicos, erros de diagnóstico, erros de técnica.

Erros farmacológicos são aqueles que envolvem a administração errada de fármacos, seja erro decorrente de sobredose medicamentosa, seja erro decorrente da substituição entre fármacos. Tais erros apesar de se mostrarem de pequena incidência, são de alta periculosidade, pois em grande parte dos casos resultam em fatalidade. Para evitar tais

⁷³ESTEBAN, Mabel. Sala de recuperação pós-anestésica. In: JEGIER, Mário Alberto; LEONE, Fernando José. *Manual de anesthesiologia: conceitos e aplicações para a prática diária*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 212.

erros é preciso estreitar as relações entre os integrantes da equipe médica, além de se pesquisar as causas dos erros.⁷⁴

O erro de diagnóstico consiste em equívocos na avaliação clínica e na interpretação de exames complementares que levam o profissional a diagnosticar doença não existente em detrimento do real mal que aflige o paciente. Há entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário no sentido de que o erro de diagnóstico não é imputável ao anestesiológico, desde que este profissional não tenha agido com culpa.

E por fim o erro de técnica é o erro cometido em decorrência da falta de conhecimento técnico para o exercício de determinado procedimento. É o que acontece, por exemplo, quando o profissional não está apto a administrar determinada substância anestésica, e mesmo assim executa o procedimento, vindo a ocasionar danos ao paciente. Neste caso, o profissional agiu com imperícia, e provavelmente, há de ser responsabilizado.

Conforme demonstrado, diversos são os erros que o anestesiológico está sujeito a cometer, entretanto, este ramo da medicina é um dos que mais vem investindo em pesquisas científicas para aprimoramento das técnicas e surgimento de outras mais modernas, de modo que está se tornando uma das mais seguras. É dever do profissional que escolheu esta área de atuação além de atuar com diligência, manter-se atualizado.

2.5 Tipos de Anestesia

A escolha do tipo de anestesia a ser utilizada em determinado procedimento médico deve ficar a cargo do anestesiológico, tendo em vista que este profissional é quem melhor detém o conhecimento aprofundado da matéria e, afora isto, já procedeu à análise das características e situação clínica do paciente no caso concreto, tendo, por conseguinte, consciência do risco cirúrgico.

De acordo com Hildegard Taggesell Giostri a anestesia “tem por finalidade propiciar, por meio de aparelhos e medicamentos, as condições favoráveis para o ato

⁷⁴HERRERO, José Llagunes; REINA, Carmen; BLASCO, Lucrecia; et. alli. Erros farmacológicos na prática anestésica: quatro casos de morbidade não fatais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. Campinas, v. 60, n. 1, jan/fev. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942010000100008>> Acesso em: 10 out 2011.

cirúrgico, mantendo o paciente em analgesia e com seus sinais vitais em níveis considerados ideais”.⁷⁵

A seguir, será feito um breve relato acerca dos principais tipos de anestesia utilizados em procedimentos médicos, sem o intuito, entretanto, de se aprofundar tecnicamente no assunto.

A anestesia local é bastante utilizada para procedimentos de menor porte. Produz a perda da sensibilidade local, especialmente da dor, não provoca, entretanto, inconsciência ou supressão de funções vitais. Pode ter curta, média ou longa duração, a depender da substância utilizada e da dosagem medicamentosa. Como exemplos de anestésicos utilizados para anestesia local há a procaína, lidocaína e a bupivocaína.

Segundo Fabio Luis Ferrari Regatieri:

Os anestésicos locais (AL) são fármacos que bloqueiam reversivelmente a condução do impulso nervoso, entre eles, aqueles envolvidos com estímulos nociceptivos.⁷⁶

Os procedimentos envolvendo a anestesia local são relativamente mais simples, mas ainda assim podem ocorrer complicações, tais como convulsões, reações alérgicas, confusão, dentre outras.

A anestesia geral, por sua vez, é a utilizada para promover a supressão total da inconsciência e das sensações do paciente. Na atualidade os anestésicos gerais são os mais potentes depressores da atividade do sistema nervoso, entretanto, há que haver prudência na sua utilização. A margem de segurança entre a dose terapêutica e a tóxica e letal é estreita.⁷⁷

A supressão das sensações é reversível e pode ser decorrente da inalação de gases tal qual o óxido nitroso ou mesmo por meio de injeção venosa de substâncias, como por exemplo, o Propofol.

É composta por quatro estágios:

[...] o primeiro no início da anestesia onde o paciente respira a mistura anestésica no qual pode experimentar sensação, calor, tontura, formigamento

⁷⁵GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p. 51.

⁷⁶REGATIERI, Fabio Luis Ferrari. Intoxicação por anestésicos locais. Disponível em: <http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=57> Acesso em: 09 out 2011.

⁷⁷ BEVERLEY. Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p. 58.

e o cliente consegue movimentar-se. No segundo estágio, são caracterizados por agitação psicomotora, gritos, falas, risos, ou mesmo choro, o pulso torna-se rápido e respiração irregular, pode ser freqüentemente evitado através da administração suave e rápida do anestésico. Terceiro estágio anestesia cirúrgica, obtida através da administração contínua de vapor ou gás, onde o cliente encontra-se inconsciente. E o quarto estágio, é atingido quando for administrada uma quantidade excessiva de anestésico.⁷⁸

Não é tarefa simples identificar uma exclusiva origem anatômica da inconsciência durante a anestesia. Há várias teorias para explicar o processo. Uma das mais aceitas defende:

[...] a perda da consciência seria simplesmente o resultado de “desligamento cognitivo” – o corte da comunicação entre as várias regiões cerebrais que geralmente cooperam no processamento cognitivo superior. Mesmo em nível local, se imaginarmos grupos de neurônios criando linhas de uma vasta rede telefônica, o efeito da anestesia geral é análogo a desconectar plugues da central.⁷⁹

Apesar de haver um mito acerca da periculosidade da anestesia geral, na realidade são poucas as mortes tendo como a causa ela propriamente dita. Cabe ressaltar que várias cirurgias são em decorrência de estado grave do paciente e o falecimento deste dificilmente será em decorrência exclusivamente da anestesia.⁸⁰

Há, ainda, a denominada anestesia epidural, também denominada de anestesia peridural. É bastante utilizada em partos. O anestésico suprime as funções da região da cintura para baixo:

Neste caso não há perfuração da duramater e nem perda líquórica. O bloqueio segmentar é produzido nas fibras sensoriais, espinhais e também nas fibras nervosas, podendo ser parcialmente bloqueadas⁸¹.

É contra-indicada em alguns casos, como por exemplo, quando o paciente possui problemas de coagulação.

Por fim, cabe tecer breves comentários acerca da modalidade anestésica denominada de raquianestesia. Também denominada de anestesia raquidiana, anestesia intra-

⁷⁸UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Tipos de Anestesia*. Disponível em: <<http://www.hu.ufsc.br/~ccirurgico/fofia3.htm>> Acesso em: 11 out 2011

⁷⁹ BEVERLEY, Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p. 59-60.

⁸⁰PINHEIRO, Pedro. *Anestesia Geral: quais os riscos*. Disponível em: <<http://www.mdsaude.com/2010/10/anestesia-geral.html#ixzz1amo2r14j>> Acesso em: 11 out 2011.

⁸¹UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Tipos de Anestesia*. Disponível em: <<http://www.hu.ufsc.br/~ccirurgico/fofia3.htm>> Acesso em: 11 out 2011

tecal e anestesia subaracnoídea. Nesta modalidade, a anestesia é injetada em um espaço, na coluna lombar, denominado de subaracnóide:

Geralmente administrada ao nível da coluna lombar, obtida pelo bloqueio dos nervos espinhais do espaço subaracnóide. O anestésico é depositado junto ao líquido, ocorrendo perfuração da duramater.⁸²

Na atualidade para a utilização desta modalidade de anestesia são utilizadas finas agulhas e diversas substâncias, vindo a se tornar uma das mais utilizadas, em detrimento do forte preconceito que anteriormente lhe cercava.

⁸²UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Tipos de Anestesia*. Disponível em: <<http://www.hu.ufsc.br/~ccirurgico/fofia3.htm>> Acesso em: 11 out 2011

3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Demandas judiciais que envolvem a responsabilização de médicos é fenômeno crescente em todo o mundo. Diversos e variados argumentos são utilizados para explicar o porquê de tal fato, como por exemplo, o distanciamento da relação médico-paciente, o não conformismo com a perda e, também, um melhor esclarecimento da população acerca de seus direitos.

Os médicos são profissionais que dedicam suas vidas à cura de doenças, minimizando seus sintomas, o sofrimento e a dor; muitos lidam, diariamente, com o antagonismo vida e morte. Diante da importância do bem com que laboram, a sociedade muitas vezes esquece que são seres humanos suscetíveis ao erro e que a medicina não é uma ciência exata, na qual há total previsibilidade do resultado. Exige-se destes profissionais uma atuação perfeita em todas as suas carreiras.

Todos os ramos da medicina são dotados de enorme importância e complexidade. Entretanto, grande parcela da sociedade possui a concepção de que algumas modalidades são mais difíceis de serem exercidas do que outras. Ainda que esta concepção seja equivocada, ela reveste-se de importância e merece atenção, uma vez que acaba por ser refletida na seara jurídica, no tocante à inadmissibilidade de falhas em determinados ramos médicos, sejam estas falhas humanas ou não e ao crescente aumento do número de demandas envolvendo determinadas especialidades.

A anestesiologia é de fato ramo da medicina dotado de enormes nuances e que se utiliza de substâncias cujos mecanismos de atuação no corpo humano nem todos foram por completo desvendados. Ainda é uma verdade, por exemplo, que apesar dos avanços na pesquisa e na ministração de anestésias, os efeitos neurodepressores dos medicamentos são mais propensos a causar o falecimento do que a cirurgia propriamente dita.⁸³ Diante destas constatações nasce a importância do estudo da responsabilização civil do médico anestesiológico.

Questão que ainda provoca divergências entre os doutrinadores é a concernente à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às demandas envolvendo médicos, incluídos nesta discussão, portanto, médicos especializados em anestesiologia.

⁸³BEVERLEY. Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, n° 195, p. 58-63, abr. 2009, p. 58.

Doutrina minoritária defende a inaplicabilidade do supracitado Código a estas espécies de demandas. Argumentam para tanto que profissionais da saúde lidam com a vida e a saúde humanas e que nem a vida e nem a saúde estariam adstritas ao conceito de bens, a ponto de justificar a aplicabilidade da referida lei. Sustentam, ainda, que entendimento contrário acabaria por violar dispositivo constitucional abrangente da dignidade da pessoa humana. Neste sentido prelecionam Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza:

A relação médico/paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. Os operadores do Direito precisam estar atentos à função social que o serviço de saúde representa e têm a obrigação de zelar pela instituição médica e pelo médico digno, aliás é a ordem disciplinada no art. 1º, inc. II, da Carta Magna, pois o médico é pessoa humana. Tratar a relação médico/paciente como relação de consumo é impingir àquela o mesmo risco existente na prestação de um serviço preciso e exato, como consertar um cano, tarefa na qual a rosca tem de ser do mesmo tamanho da entrada do cano, ou ainda de fabricar uma série de um produto qualquer, na qual, sem dúvida, poderá sair algum com defeito. Quando falamos de prestação de serviço de saúde, estamos diante de algo inexato, pois mesmo quando o serviço é prestado corretamente, fatores totalmente alheios ao prestador podem ocorrer. [...] À toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não se podendo deixar de dizer que são muito mais que isto, são bens inalienáveis – o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviço e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais de saúde para se tratar”.⁸⁴

Tal entendimento não merece prosperar. Os médicos devem sim ser enquadrados como profissionais liberais e neste contexto entende-se por profissional liberal aquele que exerce profissão que lida com o lado intelectual do ser humano. Não se confunde, portanto, com o empresário, que é aquele ser que exerce atividade econômica, habitualmente, com intuito de lucro.⁸⁵ Não há afronta à dignidade da pessoa humana e nem a desconsideração do lidar do médico com uma ciência inexata. Pelo contrário, tanto de acordo com o Código de Defesa do Consumidor quanto com o atual Código Civil o médico assumirá as mesmas obrigações e deverá ter o mesmo parâmetro de atuação, somente respondendo se do seu agir, culposa ou dolosamente, decorrer dano ao paciente. Esta é a posição majoritária doutrinária e jurisprudencialmente.

⁸⁴COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*: repertório jurisprudencial; Teoria da Eleição Procedimental; Iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63-64.

⁸⁵SLAIBI FILHO, Nagib. Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais: a obrigação de diligência. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 338-339.

Sendo assim, o médico anesthesiologista, no direito brasileiro, se enquadra no conceito de profissional liberal, aplicando-se, por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 14, § 4º.⁸⁶

Apesar da crescente tendência da objetivação da responsabilidade civil, é perceptível que a responsabilidade do profissional liberal ainda é auferida mediante a análise da existência do elemento culpa, seja utilizado, para tanto, o Código de Defesa do Consumidor, seja utilizado o Código Civil.

Em decorrência de seu enquadramento como profissional liberal, o médico anesthesiologista possui, portanto, responsabilização subjetiva em face do erro médico. Em outras palavras, quando se desejar imputar a responsabilização civil a este profissional pelo cometimento de erro, é necessário que se prove a culpa *lato sensu* na sua condução.

Para haver a responsabilização de um anesthesiologista, portanto, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, é necessária a prova da existência de uma conduta, de um dano, de um nexo de causalidade entre a conduta e o dano e, posteriormente, a averiguação da culpa *lato sensu*. Neste sentido ensina Nehemias Domingos de Melo:

Assim, a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados em face do exercício da sua profissão, será apurada mediante aferição da culpa (imprudência, negligência ou imperícia), nos exatos termos do disposto no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 14, §4º) e do Código Civil (Lei 10.406/02, art. 951).⁸⁷

No tocante à conduta, é importante ressaltar que esta deve ser praticada por profissional legalmente habilitado para o exercício da profissão. Somente assim há a caracterização do denominado ato médico.⁸⁸ A conduta do profissional pode ser comissiva, configurada no atuar do médico resultante de dano ao paciente ou omissiva, neste último caso, sempre que houver a obrigação de atuar, e o profissional quedar-se inerte, omissão esta, causadora de dano à vítima.

⁸⁶Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁸⁷MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79.

⁸⁸GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p.43.

O dano caracteriza-se como sendo uma lesão ao patrimônio material de uma pessoa humana, ou, ainda, uma lesão ao seu conteúdo psicofísico. A gravidade do dano em face de ato médico pode variar de intensidade, indo desde a uma simples lesão até mesmo à morte. É importante ter em mente, para evitar o cometimento de injustiças, que nem sempre o resultado indesejado é resultante da atuação médica, conforme preleciona Hildegard Taggesell Giostri:

Voltamos a insistir que para essa avaliação é de grande importância saber se o dano ocorrido foi *mesmo* resultante do ato médico – seja por ação comissiva, seja por ato omissivo –, ou se foi a consequência natural do estado de morbidez do próprio paciente, vez que já procurou o profissional porque algo de anormal estava a lhe ocorrer.⁸⁹

Cabe salientar que a simples escolha de procedimento mais dispendioso para o paciente, em detrimento de um mais simples, já disponível pelos meios tecnológicos ou em face do desenvolvimento da ciência à época do fato para ser utilizado, poderá ser ensejadora de responsabilização civil e vir a acarretar o dever de reparar por parte do profissional anesthesiologista. Ainda que a anestesia tenha sido bem sucedida, no sentido de retirar a consciência ou suprimir sensações e, posteriormente, devolve-las ao ser humano, o atuar do profissional, violou direitos do paciente, causando-lhe danos, que apesar de anestesiado, haverá passado, por exemplo, por maior sofrimento ou mesmo por uma preparação mais dispendiosa em um pré-operatório.

No tocante ao nexo de causalidade verifica-se que é a relação de causa e efeito entre o atuar do médico e o dano sofrido pelo paciente. Este pressuposto ganha grande relevância na apuração de eventual responsabilização.

Tendo em vista a responsabilização civil deste profissional ser subjetiva, há de se perquirir a existência da culpa, uma vez estando presentes os demais elementos. A culpa deverá ser analisada levando em consideração parâmetros de atuação. Assim, somente restará caracterizada se for constada a existência de uma falha que não seria cometida pelos demais profissionais atuantes desta área, pelos seus semelhantes.

Cabe salientar que a prova da culpa, dificulta, em termos, a reparação do dano causado à vítima, tendo em vista, que esta não possui, na maioria dos casos, conhecimento

⁸⁹GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p.44.

técnico na seara médica. Sendo assim, é necessário maior rigor na prova do nexo de causalidade entre conduta e dano, do que propriamente na prova da culpa.

Questão que se reveste de importância para a responsabilização civil é a concernente à natureza da obrigação assumida pelo médico anesthesiologista. Discute-se se este profissional assume obrigação de meio ou de resultado. Em outras palavras, questiona-se se este profissional se compromete a fazer o paciente adormecer e posteriormente acordá-lo, ou se o seu comprometimento consiste apenas no emprego adequado da técnica. Há posicionamento doutrinário em ambos os sentidos, entretanto prevalece o ponto de vista que consagra a obrigação do anesthesiologista de meio. Nos dizeres de Genival Veloso de França:

A obrigação do anesthesiologista é de meio porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete empregar todos os recursos ao seu alcance, sem no entanto poder garantir sempre um sucesso. Só pode ser considerado culpado se ele procedeu sem os devidos cuidados, agindo com insensatez, descaso, impulsividade ou falta de observância às regras técnicas. Não poderá ser culpado se chegar à conclusão de que todo empenho foi inútil face a inexorabilidade do caso, quando o especialista agiu de acordo com a “lei da arte”, ou seja, se os meios empregados eram de uso atual e sem contra-indicações. Punir-se, em tais circunstâncias, alegando obstinadamente uma “obrigação de resultado”, não seria apenas um absurdo. Seria uma injustiça.⁹⁰

Com posicionamento contrário e minoritário Carlos Alberto Bittar explana:

Daí porque considero a anestesia uma obrigação de resultado, haja vista a responsabilidade do médico de anestésiar o paciente e, após, recuperá-lo, dentro de suas condições normais, devolvendo-lhe por completo todos os seus sentidos. Na medida em que aquele profissional examinou o paciente, no período pré-operatório, fez os exames necessários e o considerou apto para ser submetido àquele tipo de anestesia, obriga-se a recuperá-lo, de forma consciente e plena, se assim ele se encontrava, anteriormente ao ato anestésico.⁹¹

Aqueles que defendem a obrigação do médico anesthesiologista como sendo de resultado pretendem com isto promover a inversão do ônus probatório, de modo que caberia ao profissional e não ao paciente a prova de que os fins almejados não foram obtidos por razões alheias à sua atuação, em outras palavras, caberia a ele provar a existência de uma das excludentes da responsabilização civil.

⁹⁰FRANÇA, Genival Veloso de. *Anestesia: obrigação de meios ou de resultados*. Disponível em: <www.ibemol.com.br/sodime/artigos/>. Acesso em: 20 março 2011, 10:17.

⁹¹BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 133.

Ainda assim, merece prevalecer a ideia de obrigação de meio, através do qual o médico anestesiológico se obriga a empregar todos os meios disponíveis e seu melhor desempenho para a obtenção do resultado pretendido, afinal a ciência médica, apesar de sua constante evolução ainda não desvendou todos os enigmas do funcionamento do corpo humano e fator álea não pode ser desprezado.

3.1 Responsabilidade civil do médico anestesiológico e do cirurgião-chefe

O desenvolvimento da medicina acarretou uma crescente especialização dos profissionais atuantes nesta área. Antigamente, um mesmo médico laborava perpassando por todas as regiões do corpo humano. Atualmente, a realidade é outra: há uma tendência cada vez maior à segmentação do saber, ou seja, cada vez mais profissionais se dedicam ao estudo de determinada parte ou fenômeno do corpo humano, como forma de aprender todas as suas particularidades, ao invés de um conhecimento generalizado. Tal fenômeno “acabou por determinar a necessidade de formação de equipes, abrindo campo para a incidência da responsabilidade pelo fato de outrem”.⁹²

Há poucas décadas atrás, era bastante nítida a figura e o atuar do cirurgião-chefe em uma cirurgia e a de seus prepostos, quais sejam, os instrumentadores, os enfermeiros e os anestesistas, todos escolhidos por ele e cujos limites do agir eram por ele determinados e delineados.⁹³ Neste cenário era lógico responsabilizar-se o cirurgião-chefe por atos destes terceiros, afinal atuavam sob sua supervisão e em regime de subordinação.

Entretanto, no tocante ao anestesiológico esta realidade foi sendo modificada, uma vez que este ramo da medicina tornou-se bastante técnico e especializado, conforme ensina Hildegard Taggesell Giostri:

Modernamente, com a evolução da especialidade desse último (não mais anestesista, mas anestesiológico), tem-se, como consequência, uma necessária dissociação de responsabilidades entre a sua e a do médico-cirurgião. No passado, era ele considerado como auxiliar do operador, trabalhando sob suas ordens e sendo tal tarefa muitas vezes desempenhada, até mesmo por enfermeiras. Todavia, com o avanço científico-tecnológico, o ato anestésico tornou-se extremamente complexo. As drogas utilizadas, bem como toda a aparelhagem necessária para sua realização, passaram a demandar do profissional um alto conhecimento, tanto técnico quanto

⁹²GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p.45.

⁹³Idem Ibidem, p. 45.

científico, o que veio mudar drasticamente a situação anterior. E, uma das conclusões que se pode tirar, *a priori*, é que, atualmente, o anestesiológista ocupa posição de destaque no ato cirúrgico, em pé de igualdade com o cirurgião.⁹⁴

A anestesiologia, na atualidade, constitui ciência autônoma, que demanda do profissional alto saber técnico e capacidade de tomada de decisões nas mais peculiares situações e nos mais diversos pacientes. Esta autonomia deve garantir ao anestesiológista tratamento peculiar no tocante à responsabilização médica.

A atuação do médico anestesiológista nas fases pré-operatória e na pós-operatória é bastante distinta da atuação do restante da equipe. Na fase operatória, entretanto, há certa dificuldade em se delimitar o campo de atuação deste profissional, muitas vezes gerando confusão, em uma primeira análise.⁹⁵ Ainda assim, segundo Nehemias Domingos de Melo há autonomia no agir deste profissional, uma vez que sua atividade pode ser destacada do conjunto do atendimento prestado ao paciente.⁹⁶ Neste mesmo sentido também preleciona Hildegard Taggesell Giostri:

Entendemos que em nenhum caso se justifica uma responsabilidade bipartida entre cirurgião e anestesiológista, uma vez que é possível caracterizar se o dano ocorrido ao paciente se deu pelo ato anestésico ou pelo ato cirúrgico, vez que as consequências são diferentes e têm características próprias. [...]

Apesar deste panorama, os Tribunais brasileiros ainda discutem sobre a responsabilização civil solidária do cirurgião em face do erro do anestesiológista, não tendo sido obtido um consenso sobre a matéria. Cabe salientar, todavia, que neste embate acerca da responsabilização solidária entre estes profissionais há de se destacar a relação de autonomia obtida pelo anestesiológista em face do cirurgião.

A Quarta Turma, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 2009, enfrentou o julgamento de um caso em que um paciente, menor de idade à época do fato, ingressou em hospital particular a fim de submeter-se a cirurgia de correção de fratura na clavícula e em decorrência de complicações fruto da anestesia geral, saiu de lá em estado vegetativo. Este julgamento mostra as controvérsias existentes na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação ao tema em estudo.

⁹⁴GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p.47.

⁹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4.v. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

⁹⁶MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 108.

O Ministro João Otávio Noronha apresentou voto, o qual restou vencido, no sentido da possibilidade de se apartar as responsabilidades do cirurgião-chefe e do anesthesiologista. Salientou que o médico anesthesiologista apresentava até então padrão de atuação conforme o atual estágio de desenvolvimento da ciência médica e que caso se optasse pela responsabilização solidária entre estes profissionais, estaria, em última análise, imputando uma responsabilização civil objetiva ao cirurgião-chefe. Neste ponto merece destaque o voto proferido pelo Ministro:

Assim, é de se ver que, na hipótese dos autos, foi possível apartar os atos do médico-cirurgião e os do médico-anestesista, uma vez que os procedimentos de um e de outro foram destacados na prova pericial, **cada um agindo em sua área de especialidade, não havendo, portanto, de ser responsabilizado um por atos realizados pelo outro.**

No que tange à culpa *in eligendo*, foi ela afastada pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de que não houve irregularidade na escolha do profissional, visto que não havia nenhuma informação que desabonasse o mencionado profissional, ou seja, tratava-se de profissional, até então, considerado como tecnicamente qualificado.

Creio que o acórdão deve ser mantido, pois, de fato, **não se pode atribuir a responsabilidade ao cirurgião pela escolha do anestesista, que se apresentava perfeitamente qualificado para o mister a ser desenvolvido, tendo, inclusive, participado de outras cirurgias com a mesma equipe e obtido êxito.**

Diferente seria se tal profissional se mostrasse imperito e desconhecedor do ofício que abraçou, demonstrando falta de diligência ou de prudência em relação ao que dele se podia esperar.

Se na hipótese de eleição pelo cirurgião chefe do anestesista em circunstâncias perfeitamente normais e na ocorrência de dano ao paciente, houvesse o cirurgião de responder solidariamente, estar-se-ia abraçando a teoria da responsabilidade objetiva e, em última análise, abraçando-se a teoria da obrigação de resultado na área médica.

[...]

Portanto, a escolha do médico anestesista pelo cirurgião chefe não atrai para este a responsabilidade por atos daquele se os atos de um e outro puderem ser individualizados e se o anestesista estiver fora do âmbito de subordinação ao cirurgião. Não há, portanto, por que falar em culpa *in eligendo*.⁹⁷ grifos nossos

A tese vencedora neste caso, entretanto, foi a sustentada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em sentido oposto ao acima explanado. Defendeu o respeitável julgador que o cirurgião-chefe responde solidariamente com o médico anesthesiologista, incorrendo, o primeiro, em culpa *in eligendo*. O cirurgião-chefe responderia pelo fato, também, de

⁹⁷BRASIL. STJ. REsp 605.435 RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/07/2009, DJe 16/11/2009, p.10-11.

comandar os trabalhos executados no decorrer da cirurgia, proferindo ordens aos demais integrantes da equipe médica. O Ministro Luis Felipe Salomão assim de manifestou:

Nesse passo, é bem de ver que, embora, de fato, o desenvolvimento da medicina implique a diversificação das especialidades e compartimentalização das atividades de cada profissional durante o procedimento cirúrgico, **não se pode olvidar que o cirurgião chefe, ou seja, aquele que realiza o procedimento principal, dirige a equipe, estando os demais membros subordinados às suas ordens para que a intervenção se realize a contento, inclusive o anestesista.**

Nesse sentido esclarece o Min. Ruy Rosado de Aguiar:

“O médico pode se reunir a colegas para o exercício da profissão. A situação mais comum se dá com a formação de uma equipe cirúrgica pela qual responde o chefe da equipe; tanto pelos atos dos outros médicos, seus assistentes, como pelos serviços auxiliares de enfermagem (salvo quando estes constituem atos de enfermagem banais e comuns, pelos quais responde o hospital).

O anestesista ocupa uma posição especial, em razão da autonomia que alcançou a especialidade: em relação a este tem se aplicado a noção de ato destacável, própria do direito administrativo (Ac. Da 2ª CC – TJRS, Rel. Antonio Augusto Uflacker, Ver. Jurídica 75/237), a fim de determinar a sua responsabilidade e, não necessariamente a do cirurgião. Uma vez demonstrada a causalidade exclusiva do ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião; porém, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa in eligendo. Integrando o anestesista o quadro médico do hospital, sem possibilidade de escolha pelo paciente, mesmo assim normalmente surge uma relação contratual entre o anestesista e o paciente, que é por ele previamente examinado e dele recebe cuidados prévios (Penneau, La Responsabilité Médicale, p. 293), razão pela qual responde tanto o hospital quanto o anestesista, solidariamente.

[...]

Estabelecendo-se, porém, entre eles, uma relação de subordinação (de fato ou regulamentar) é possível aplicar a regra da responsabilidade transubjetiva do art. 1.521, III, do CC, sendo para isso inicialmente necessário definir o âmbito de decisão de cada um: se o subordinado apenas cumpriu ordens, responde só o superior; se teve condições para concorrer na decisão, ambos respondem solidariamente.” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*. Ano 84, ago. 1995, vol. 718. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. fls. 42 e 43)

[...]

Ademais, evidente que compete ao cirurgião a escolha dos profissionais que participarão da equipe que ele dirigirá, podendo, até mesmo, recusar-se a trabalhar com especialistas que não sejam de sua confiança.

Esse fato indica não só a relação de subordinação desses profissionais em relação ao chefe da equipe, ainda que autônomos, mas também que o cirurgião responde pelos atos dos outros médicos, membros da equipe, e dos auxiliares (enfermeiros, técnicos de enfermagem, instrumentadores, dentre outros), pois estes possuem âmbito decisório, cada qual em seu campo de atuação, mas todos atuando dentro do cenário cirúrgico sob a regência do cirurgião-chefe.

[...]

Com efeito, no caso de equipes médicas formadas para a realização de uma determinada intervenção cirúrgica, o chefe, ou melhor, aquele que realiza o procedimento cirúrgico principal, responde pelos atos de todos os participantes escolhidos e subordinados a ele, independentemente da especialização, nos termos do art. 1.521 do CC/1916 c/c com o art. 25, § 1º e 34, ambos do CDC.

[...]

Portanto, se o anestesista agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava diretamente subordinado.⁹⁸ Grifos nossos

Ao contrário do afirmado no voto vencedor acima transcrito, não há relação de subordinação entre o cirurgião-chefe e o anesthesiologista. Octávio Luiz Motta Ferraz, mencionando Pérez Leal, ensina que há divisão horizontal do trabalho, fundada na autonomia científica e técnica do anestesista e nas funções totalmente diferenciadas que este especialista possui no ato cirúrgico em relação aos demais integrantes da equipe médica.⁹⁹

É importante salientar, também, que, na atualidade, tanto o anesthesiologista quanto o cirurgião possuem habilitação legal para o exercício da medicina, atuando, portanto, em situação de igualdade.¹⁰⁰ Particularidade esta, que acarreta a conclusão de que não se pode mais afirmar ser a atividade do anesthesiologista acessória à do cirurgião-chefe, mas pelo contrário, seu atuar, no mais das vezes, é absolutamente autônomo. Nesse sentido preleciona Miguel Kfoury Neto:

A responsabilidade do anestesista é individual nos períodos pré e pós-operatórios. Durante o ato cirúrgico, no interior da sala de operação, há que se examinar possível culpa concorrente. Quanto à anestesia, não se pode imputar culpa ao cirurgião. O anestesista é autônomo e seu campo de atuação é distinto. O quadro fático, porém, é de difícil análise: as competências de interferem e superpõem. Só o exame do caso concreto indicará as conclusões apropriadas.¹⁰¹

De acordo com a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1802/2006 cabe somente ao anesthesiologista decidir da conveniência ou não da prática do ato anestésico, de modo soberano e intransferível. Se este profissional possui autonomia para decidir sobre os caminhos e limites de sua atuação, não há razão de ser em responsabilizar um terceiro pelo único motivo de estar cuidando de um mesmo paciente, se este terceiro em nada interveio

⁹⁸BRASIL. STJ. REsp 605.435 RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/07/2009, DJe 16/11/2009, p. 20-24.

⁹⁹LEAL apud FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade Civil da Atividade Médica*: no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 152.

¹⁰⁰GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p.48.

¹⁰¹KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170-171.

nesta atuação. Ademais, o Código de Ética Médica, em seu artigo 33, veda ao médico “assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou efetivamente”.¹⁰²

Também, apresentando entendimento nesse mesmo sentido se manifestou o Conselho Regional de Medicina do Ceará (CREMEC) através do Parecer n° 36/2010, por meio do qual é claro ao afirmar serem os atos médicos praticados em anestesiologia de responsabilidade do profissional que os executou, não sendo possível a transferência para outros profissionais da equipe.¹⁰³

Ainda que o médico anestesiológista tenha sido escolhido pelo cirurgião-chefe não há que responsabilizá-los solidariamente, a menos que haja culpa concorrente para o evento danoso. Há que se considerar que se o cirurgião-chefe efetuou a escolha do médico anestesiológista guiado por informações claras e suficientes de bons parâmetros de atuação deste e em não havendo nenhum registro de conduta desabonada, não há o porquê de imputá-lo a responsabilização por *culpa in eligendo*, em face de erro imputável somente ao anestesiológista, uma vez que sua escolha foi prudente.

O que há de ser observado, portanto, é se o erro foi exclusivo do médico anestesiológista ou não. Uma vez sendo o erro imputável unicamente à atuação deste profissional, não há que se falar em responsabilidade solidária do cirurgião-chefe da equipe, ressaltando, novamente, que, na atualidade, esta especialidade médica é considerada autônoma, razão pela qual se faz necessário separar a atuação deste profissional, da dos demais integrantes da equipe médica. Somente seria o caso de se cogitar em responsabilidade solidária caso os dois profissionais tenham concorrido para o erro.

Outra é a situação do médico anestesiológista integrante de equipe de estabelecimento hospitalar. Neste caso, uma vez ocorrido o erro por parte do profissional, responde o nosocômio objetivamente. Isto significa dizer que é cabível ação indenizatória perante o hospital em sendo o anestesiológista integrante da equipe do nosocômio, bastando provar, para tanto, a configuração dos pressupostos da responsabilização civil. Não há que se falar, assim, em culpa *in eligendo*, nestas situações.

¹⁰²CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 1931 de 17 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2009. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/novocodigo/index.asp> Acesso em: 20 maio 2012.

¹⁰³CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. Parecer n° 36/2010, de 13 de novembro de 2010 Rel.: Cons. José Málbio Oliveira Rolim.

3.2 Responsabilidade do médico anesthesiologista em face de erro do médico residente

O programa de residência médica teve sua origem nos Estados Unidos, na Universidade John's Hopkins, em Baltimore, no final do século XIX, mais precisamente no ano de 1889. Foi criado pelo ilustre médico William Halsted, referência em cirurgias mamárias à época, e responsável pelo início desta modalidade de ensino de forma regular.¹⁰⁴

No Brasil, a residência médica começou a ser desenvolvida a partir de 1945, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo e em 1947 no Hospital dos Servidores do Rio de Janeiro.¹⁰⁵ Alguns anos se passaram até que fosse reconhecida, no país, a importância do perfazimento desta forma de especialização para o aprimoramento da prática médica.

De acordo com Bevilacqua, citado por Luiz Antonio Nogueira Martins, a história da residência médica no Brasil é marcada pela passagem por quatro fases. Uma primeira, chamada de romântico-elitista, que perdurou de 1944 a 1955, se caracteriza por uma baixa procura dos recém-formados por esta modalidade de aperfeiçoamento, em razão da baixa remuneração recebida. A segunda fase se iniciou em 1956 e prosseguiu até o ano de 1970. Nela houve uma radical mudança de concepção dos médicos acerca da importância desta modalidade de ensino. Isto se refletiu numa inversão numérica: neste período já era maioria os médicos que ingressavam nos programas de Residência Médica. Na terceira fase, de 1971 a 1977, os cursos de ensino superior de medicina se avolumaram desordenadamente e isto se refletiu na qualidade e quantidade dos programas de Residência Médica. Por fim, na quarta fase, que se iniciou em 1977 e perdura até os dias atuais, o fato marcante foi a criação da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) com o objetivo de legislar sobre a Residência Médica.¹⁰⁶

A residência médica foi regulamentada pelo Decreto nº 80.281, de 05 de setembro de 1977. Em seu art. 1º, *caput*, este Decreto Lei consagra no que se constitui a residência médica:

Art. 1º A Residência em Medicina constitui modalidade do ensino de pós-graduação destinada a médicos, sob a forma de curso de especialização, caracterizada por treinamento em serviço em regime de dedicação exclusiva,

¹⁰⁴MARTINS, Luiz Antonio Nogueira. *Residência Médica: estresse e crescimento*. 2. ed. São Paulo: Caso do Psicólogo, 2010, p. 16-17.

¹⁰⁵LIMA apud ANDRADE, Joel de. O ato médico e a residência médica. In: LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista. *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 02.

¹⁰⁶MARTINS, op. cit., p. 22-23.

funcionando em Instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.¹⁰⁷

Posteriormente, com o advento da Lei 6.932 de 07 de julho de 1981 algumas mudanças foram realizadas no Decreto lei acima citado, uma das principais for a retirada do requisito de dedicação exclusiva.¹⁰⁸

Dessa forma, a residência médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação e, por conseguinte, apesar de sua importância, não é obrigatória. Deve ser cumprida em uma carga horária que deve totalizar 1800 horas.

O médico residente já obteve a conclusão de curso de medicina devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação e, portanto, já está apto a exercer a profissão. Neste sentido possui duplo aspecto: por um lado é profissional formado e pode exercer suas atividades, uma vez estando habilitado para isto. Por outro lado, é estudante, devendo, pois, atuar sob supervisão.

Caso o médico residente em anestesiologia, atue sozinho, sem supervisão, e venha a causar dano a um paciente, somente a este cabe a responsabilização, uma vez que a obtenção de diploma em curso de medicina o habilita para o exercício da profissão. A obtenção do diploma em medicina traz direitos, mas traz, também, bastante obrigações. Não há que se falar em responsabilização solidária com demais integrantes da equipe médica. Este é o ensinamento de Jurandir Sebastião:

Residente ou não, clínico geral ou especialista, todos são iguais para os efeitos de responder perante o paciente e à ordem pública. estando devidamente inscrito no CRM, o médico pode clinicar com inteira liberdade e, por consequência, com integral responsabilidade.¹⁰⁹

Entretanto, outra é a situação, quando o médico residente em anestesiologia atua sob supervisão de outro médico, um preceptor. De acordo com o artigo 1º da Lei 6.932/81, cabe ao preceptor, profissional de alta qualificação profissional, exercer a orientação do médico em residência. Fato este que faz surgir a responsabilização solidária entre estes profissionais, em face do cometimento de erro por parte do estudante.

¹⁰⁷BRASIL. *Decreto nº 80.281 de 05 de setembro de 1977*. Regulamenta a Residência Médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. Brasília, 1977. Disponível em: <portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&task=> Acesso em: 02 abril 2012.

¹⁰⁸BRASIL. *Lei nº 6.932 de 07 de julho de 1981*. Dispõe sobre as atividades do medico residente e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6932.htm> Acesso em: 02 abril 2012.

¹⁰⁹SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica, criminal e ética: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.132.

Neste mesmo sentido se posicionou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Veja o didático voto do Ministro Ruy Rosado Aguiar:

Sobre a conduta atribuída aos ora recorrentes, que atuaram como cirurgiões, constou do r. acórdão:

"De todos os relatos constantes dos autos, evidencia-se a injustificável conduta culposa dos médicos ao concluir que a imprudência e negligência dos mesmos contribuíram para o evento danoso de modo a resultar o evento morte. O erro inescusável na falha de entubação e monitoramento ao ponto de não observar a tempo a mudança de estado da paciente representam condutas culposas dos médicos, que provocaram a dor moral à família" (fl. 389).

[...]

Na doutrina, já foi dito que "para a lei no que diz respeito ao dever de indenizar nos casos de dano ao paciente (erro médico), ou responder por crime: não há qualquer distinção entre médicos. Residente ou não, clínico geral ou especialista, todos são iguais. "(Jurandir Sebastião, Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética, Del Rey, 1998, p. 53). **Não comungo da assertiva de que, para a lei, todos os médicos são iguais**, pois sempre será necessário considerar as condições pessoais do médico e as circunstâncias de sua atuação, que serão muito distintas entre o único médico de um pequeno hospital do interior e o especialista que tem à sua disposição a sofisticada aparelhagem do hospital de referência. Também é diferente a situação daquele que, embora sendo médico, não participa do ato cirúrgico, ao qual apenas assiste, como observador. **No que diz com o médico residente, o il. Professor Ricardo Luis Lorenzetti observou que ele não está capacitado por si mesmo para efetuar toda classe de atividades médicas, pois se submete a uma espécie de aprendizagem, e seus atos estão sujeitos à supervisão do médico titular do serviço (Responsabilidad Civil de los Médicos, 11/320). A partir dessa lição, podemos chegar a duas conclusões: o médico titular não se exime por ter sido o ato praticado pelo residente sob a sua orientação; de outra parte, existe a responsabilidade também do residente, ainda que de menor grau, se praticou com culpa ato médico a que o título de graduação o habilitava.** Na espécie dos autos, segundo afirmado nas instâncias ordinárias, houve a efetiva participação dos recorrentes nos atos da cirurgia, sem ser o caso de situação excluída da competência profissional dos residentes, pois se tratava de "cirurgia rápida e sem riscos" (fl. 386).¹¹⁰ grifos nossos

O Conselho Federal de Medicina já se manifestou a cerca da questão, sob consulta realizada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. Elaborou parecer no sentido de que a residência médica constitui modalidade de ensino em que o profissional irá colocar em prática os ensinamentos teóricos obtidos e que caracteriza-se por treinamento em serviço e, assim, o médico residente ao desempenhar sua função responde pelos atos que executa, o que constitui mecanismo de proteção ao paciente.

¹¹⁰BRASIL. STJ. REsp 316.283-Pr. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/12/2001, DJ 18/03/2002, p.4-5.

Entretanto, recebe supervisão no decorrer deste treinamento e, nesse ponto há a responsabilidade compartilhada entre os médicos.¹¹¹

A responsabilidade solidária entre entes profissionais encontra fundamentação legal no artigo 14, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Encontra guarida, ainda, no dever de vigilância e orientação que o médico preceptor deve dedicar ao médico residente, caso contrário, não haveria justificativa de ser desta modalidade de ensino de especialização. Assim, o médico preceptor responderia ante a configuração da culpa *in vigilando*.¹¹²

Assim, a questão da responsabilidade solidária entre estes profissionais gira em torno da presença ou não do médico preceptor no decorrer da conduta considerada danosa.

Entretanto, o entendimento acima explanado não é unânime.

3.3 Responsabilidade civil do médico anestesiológista pelo fato da coisa

Entende-se por responsabilidade pelo fato da coisa como sendo o dano causado a alguém em decorrência de mau funcionamento, ou mesmo pelo não funcionamento de um objeto, de um instrumento.

No exercício da profissão o anestesiológista para desempenhar seu mister tem que lidar com equipamentos e drogas que exigem do profissional constante atualização e dedicação. Neste contexto, duas situações distintas hão de ser diferenciadas no tocante à responsabilização civil pelo fato da coisa.

A primeira diz respeito ao mau funcionamento do instrumento de trabalho do anestesiológista decorrente da falta de manutenção ou na má execução de sua qualidade.

Não há como responsabilizar o profissional em decorrência do fato da coisa, desde que este tenha tomado todas as providências necessárias para manutenção do bom estado de conservação desta e desde que este tenha feito bom uso do objeto.

Somente caberia a responsabilização desse profissional nesses casos se ele era o responsável pela manutenção do equipamento. Logo, se agiu de modo a permitir que seu instrumento de trabalho não funcionasse em perfeitas condições, surge a sua conduta a

¹¹¹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo Consulta nº 0913/91 PC/CFM/Nº 03/1992. Rel. Hilário Lourenço de Freitas Junior. Brasília 08 novembro 1991.

¹¹²NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline. *Estudos e pareceres sobre direito médico e da saúde*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 55-56.

concorrer com o mau funcionamento do objeto. Ainda que não tivesse a intenção de causar o dano, agiu de modo desidioso e, portanto, preenchidos estão os elementos para se imputar a responsabilização. Assim se manifesta Neri Radeu Camara Souza:

[...] Há uma identificação entre o equipamento e o serviço médico executado, resultando que dessa unicidade de procedimento exurge uma só responsabilização, a do médico, pois este deve ser hábil, perito, no manuseio daquele aparelho. Deve, também, o médico, antecipadamente ao uso, precaver-se de que o equipamento esteja em perfeitas condições, não podendo lesar o doente. No seu exercício profissional, a escolha errada de um equipamento ou o uso inadequado deste que cause dano ao paciente, fará com que o médico arque com o ônus do ressarcimento dos prejuízos que ocorrerem.¹¹³

Outra situação é a do instrumento que apresenta defeito, entendido defeito de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, nestes casos, como sendo aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera.

Nestas situações não há que se falar em responsabilização do anestesiológista, mas sim da cadeia de fornecedores, incluídos, portanto, fabricante, importador, se este existir, e comerciante, nos termos do artigo 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁴

Assim, verifica-se que é necessária análise do caso concreto para a imputação de responsabilidade civil pelo fato ao anestesiológista.

3.4 Consentimento Informado

O consentimento informado, nos moldes em que se encontra a relação médico-paciente e o desenvolvimento da ciência médica, constitui elemento que merece atenção da sociedade, uma vez que se tornou um importante fator de responsabilização ou não de um indivíduo, frente à qualidade da informação prestada.

O termo vem sendo utilizado demasiadamente no meio científico, principalmente em decorrência da realização de pesquisas envolvendo seres humanos. Na

¹¹³SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2008, p.102-103.

¹¹⁴Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

seara médica assume importância crescente, pois aquele que prestou a informação clara, suficiente e adequada pode vir a eximir-se de eventual imputação de culpa.

O termo consentimento informado foi fruto de construção jurisprudencial, tendo sido empregado pela primeira vez nos Estados Unidos da América, no ano de 1914, no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*. Àquela época o juiz responsável pelo caso foi veemente ao afirmar ser direito de cada ser humano adulto a escolha sobre o que será feito com o seu corpo, ou seja, o seu destino. Nascia, assim, a semente embrionária do termo consentimento informado. Foi consagrado na Alemanha, em Nuremberg, em face do julgamento dos crimes de guerra praticados pelos nazistas.¹¹⁵ No Brasil, o assunto ainda provoca embates acadêmicos, sendo relativamente novo.

Segundo Callegari e Oliveira o termo “compreende a aprovação expressa ou tácita do paciente quanto a permitir ou participar de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico” e representa um rompimento na tradicional relação médico-paciente, marcado pelo paternalismo absoluto.¹¹⁶

Na antiguidade, a relação entre médico e paciente era bastante próxima, sendo este profissional visto, muitas vezes, como um amigo da família. Havia certa compensação entre a carência de recursos técnicos e a aquisição do saber pelo aprofundamento da relação com o paciente, de modo que eram conhecidas suas características e peculiaridades e pesquisadas causas de doenças e possíveis tratamentos. Nesta época, o médico mantinha uma conduta extremamente paternalista, sendo que a ele competia a escolha sobre o que fazer sobre o corpo do paciente. O paciente, entretanto, não era visto como sujeito, dotado de personalidade, mas sim como objeto de prestação de serviços médicos.¹¹⁷

Este cenário na atualidade foi modificado, apesar de ainda existir resquício desta relação paternalista entre médicos e paciente, a figura do médico amigo da família desapareceu, principalmente nos grandes centros urbanos.

¹¹⁵KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 282/283.

¹¹⁶CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Consentimento Livre e Esclarecido em Anestesiologia. *Revista Bioética*. São Paulo. v. 18. p. 363-364.

¹¹⁷RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joseppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41.

Hoje, a relação médico paciente é marcada pelo distanciamento, seja pela diminuição do tempo de consultas, seja em face da substituição de uma análise clínica que demanda gasto de tempo por exames, assim como, também, à massificação do ensino de graduação, e a inserção de terceiros nesta relação. Paralelamente há o surgimento de novos riscos.¹¹⁸

Tal cenário fez com que o termo de consentimento no campo médico ganhasse relevo, possibilitando, um atuar dos médicos com liberdade, liberdade esta, todavia, restrita aos ditames da informação prestada, seja ao paciente, seja à sua família. Em virtude disso, a tradição hipocrática que milenarmente pautou a relação médico-paciente está sofrendo transformações ao longo das últimas décadas. Com a valorização do respeito à autonomia dos doentes, os médicos passaram a compartilhar informações e a discutir, com os pacientes, alternativas de diagnóstico e tratamento.¹¹⁹

O termo consentimento informado, juntamente com a proteção e o cuidado e, ainda, a lealdade, se configura como um dos deveres acessórios oriundos da cláusula geral de boa-fé objetiva.¹²⁰

A obrigação de prestar informação encontra guarida no dever de transparência que deve pautar a relação entre os indivíduos em uma sociedade e conforme preconizado nos artigo 6º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor.¹²¹

Outros artigos do supracitado Código, como por exemplo, os artigos 9º 12, 14, 30, 31, 36, parágrafo único, 37 e 38 e 46, também, tratam indiretamente sobre a importância da informação na relação entre consumidores e fornecedores, incluídos, portanto, os profissionais liberais.

A obrigação de informar se justifica “aos conhecimentos técnicos do profissional, ou à confiança de conhecimento que legitimamente nele se deposita”.¹²² No tocante ao tema em estudo, é obrigação imposta aos anestesiológicos consistente em informar

¹¹⁸RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joseppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 42.

¹¹⁹CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Consentimento Livre e Esclarecido em Anestesiologia. *Revista Bioética*. São Paulo. v. 18. p. 364.

¹²⁰RAGAZZO, op.cit., p. 31

¹²¹Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresente

¹²²SILVA apud RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joseppert . *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

ao paciente os riscos da anestesia no ato cirúrgico, bem como a técnica e o procedimento a serem utilizados, além é claro das suas condições fisiológicas, informação esta que deve ser clara e suficiente, a fim de que o paciente possa realizar a ponderação entre os riscos e os benefícios e faça sua escolha conscientemente.

Assim, não basta que seja prestada a informação, mas, ainda, que esta seja de qualidade e compreensível por pessoas leigas. Em outras palavras, a informação prestada ao paciente tem que ser clara, completa, suficiente e verdadeira a fim de que o paciente possa exercer sua autonomia de vontade, de modo soberano.

Cabe salientar, entretanto, que a responsabilidade civil não restará afastada, ainda que tenha havido o consentimento claro e esclarecido, em face de erro médico, fruto da inobservância dos demais deveres impostos ao profissional. Neste sentido se manifesta Boumil e Elias, citados por Carlos Emamnel Joppert Ragazzo:

No entanto, a obtenção do consentimento não representa um salvo conduto para a inobservância quanto às demais incumbências que o contrato impõe. O médico continua a ter obrigação de bem cumprir os demais deveres médicos (dever de cuidados, dever de não abusar do seu poder, dever de sigilo, entre outros). A responsabilidade poderá ser afastada pelo consentimento informado.¹²³

É perceptível que tão importante quanto a análise da culpa no agir do profissional é a análise da qualidade das informações prestadas ao paciente que será ou foi submetido a procedimento anestésico. Eventual constatação de carência de informação e em havendo o dano, poderá ensejar a responsabilização do profissional liberal.

Sua ausência, em caso de erro por parte do profissional, faz com que possa ocorrer a responsabilização civil. Cabe salientar, entretanto, que inclusive em situações em que inexistia erro poderá haver a responsabilização profissional em face da ausência da informação e da violação da autonomia do paciente. Voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar enaltece a importância do consentimento informado na relação médico-paciente:

[...]

Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da

¹²³BOUMIL; ELIAS apud RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joseppert . *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 88.

intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro.

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.[...] ¹²⁴

Assim, verifica-se que o consentimento informado no tocante à anestesiologia compreende um duplo enfoque. Sob a vertente do médico anestesiológista é um dever que possibilita a tomada de decisões compartilhadas, representando uma mudança de paradigma na relação médico-paciente e ao mesmo tempo pode constituir-se em um mecanismo de proteção, face da imputação de erro médico. Sob o ponto de vista do paciente, por sua vez, se constitui em direito e abarca o exercício de sua autonomia, sendo que a ele, exclusivamente e sempre que possível diante das circunstâncias do caso, cabe a escolha de se submeter a determinado procedimento anestesiológico.

3.5 Análise final

Primeiramente há de ser ter em mente que a relação formada entre paciente e médico anestesiológista configura típica relação de consumo e, desta forma, deve ser analisada sob a ótica do código consumerista.

Em um dos polos desta relação figura o profissional da saúde, profissional liberal, detentor de complexo conhecimento técnico, no polo oposto está o consumidor, no caso o paciente, carecedor de cuidados especiais.

Sob este aspecto, há de se ressaltar, entretanto, que seja em decorrência do Código Civil, seja em decorrência do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização civil do médico anestesiológista há de ser aferida mediante a análise do elemento culpa.

A importância da aplicação do Código de Defesa do Consumidor reside principalmente na possibilidade, aberta por este diploma, da inversão do ônus probatório, em face da constatação da hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor. Sendo assim, uma vez configurada a carência de conhecimento técnico do paciente em face do fornecedor do

¹²⁴BRASIL. STJ. REsp 436.827 SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/10/2002, DJ de 18/11/2002, p. 7-8.

serviço, *in casu*, o médico, há possibilidade da inversão do ônus probatório, passando a caber ao médico a prova de que agiu com diligência, prudência e perícia.

Outro ponto que merece atenção é o constante à natureza da obrigação assumida pelo médico anestesiológico. Outra não pode ser a conclusão após a análise desta ciência a não ser a de que este profissional assume típica obrigação de meio. Apesar da grande evolução desta seara médica com o passar do tempo, ainda há pontos não desvendados acerca da utilização da anestesia. Afora isto, o profissional que lida neste campo médico trabalha com o fator álea, o que significa dizer que apesar de todas as precauções e providências tomadas em todas as três etapas do procedimento operatório (pré, intra e pós-operatório), acidentes anestésicos acontecem. Acidentes estes que muitas vezes fogem da margem de controle do profissional.

A atividade desempenhada pelo médico anestesiológico é exercida sempre em paralelo com outra atividade médica, consistindo atividade meio para obtenção de um fim maior. Diante disto, o médico anestesiológico sempre age conjuntamente com outros profissionais, formando para tanto equipes médicas.

A configuração da equipe médica ganha maior importância em face do erro do médico anestesiológico. Há discussão se o cirurgião-chefe responde solidariamente ao anestesiológico, em razão de ser o chefe da equipe e, também, por ter escolhido os integrantes de sua equipe.

Não merece prosperar a tese de que o cirurgião-chefe e o médico anestesiológico respondem solidariamente, por diversas razões. Primeiramente porque o anestesiológico possui um atuar inteiramente autônomo em relação ao restante da equipe, não existindo, portanto, relação de subordinação entre estes profissionais. Também não há de responsabilizar-se o cirurgião-chefe por culpa *in eligendo*, desde que este tenha escolhido profissional idôneo à prática anestésica. Se o anestesiológico é profissional detentor de diploma em medicina pressupõe-se que é profissional habilitado para o exercício da medicina. Ademais, se inexistente conduta que desabone o profissional, não há justificativa plausível em responsabilizar-se solidariamente cirurgião-chefe e anestesiológico, sob a ótica da culpa *in eligendo* do primeiro. Afinal, esta não resta configurada.

Outro ponto a ser destacado é a atuação do médico residente em anestesiologia e o médico anestesiológico, seu preceptor. A figura do médico residente é dúbia, se por um lado já é detentor de diploma em medicina, por outro, em sendo médico residente, assume a figura de estudante em aprendizado prático. Assim, sendo, duas considerações merecem ser tecidas. Primeiramente se o médico residente atua sozinho, assume, isoladamente, a

responsabilidade pelos atos praticados, assumindo, também, o risco de provocar dano ao paciente. Assim, se provocar dano ao paciente em face de sua conduta, responderá por seus atos. Outra situação, entretanto, é ao médico residente que atua paralelamente ao médico preceptor. Neste caso, haverá responsabilização solidária entre estes profissionais, pois cabe ao preceptor supervisionar os trabalhos de seu pupilo.

Ainda, é importante salientar alguns aspectos acerca da responsabilização pelo fato da coisa. Neste caso somente surgiria o dever de indenizar pelo fato da coisa se foi feita má utilização desta ou se, caso o profissional seja responsável pela manutenção da coisa deixe de providenciá-la e esta venha a causar dano ao paciente.

Por fim, cabe breve reflexão acerca da importância da informação clara, suficiente, verdadeira e adequada na relação médico-paciente. A informação deve ser prestada por ambos os polos desta relação. O médico deve esclarecer ao paciente, sempre que possível, opções de tratamentos disponíveis, medicamentos a serem utilizados e diagnóstico. O paciente, por sua vez, é quem melhor conhece seu próprio corpo e detém informações sobre o que vem de fato sentindo, no caso de doença sintomática. Desta forma, ao paciente cabe auxiliar o médico na detecção da enfermidade e para a efetuação da escolha da melhor técnica para a solução do caso concreto.

Assim, possibilita-se um estreitamento da relação médico-paciente e previnem-se demandas judiciais em face de insuficiência de informação prestada.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é instituto jurídico em constante evolução, influenciada pelos mecanismos propulsores da sociedade. A história deste instituto revela que *a priori* a espécie de responsabilidade predominante era a objetiva, posteriormente evoluindo para a subjetiva, também denominada aquiliana, que, por sua vez abarcava a idéia de culpa. Esta, entretanto, era concebida em seu aspecto psicológico. Na atualidade, as duas espécies de responsabilização civil convivem nos principais ordenamentos jurídicos.

No código civilista brasileiro apesar de haver previsão de hipóteses de responsabilização objetiva, a regra, ainda, é a responsabilidade subjetiva. Assim, para que haja o dever de indenizar alguém, em decorrência de responsabilização civil é necessário que estejam presentes seus pressupostos, quais sejam, uma conduta, um dano e um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. A culpa, também, deve restar configurada, entretanto, deverá ser analisada em momento posterior.

O código consumerista brasileiro também apresenta importantes disposições acerca da responsabilidade civil aplicáveis a grande parte das relações estabelecidas no seio da sociedade, estando consubstanciadas tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva.

A regra neste código é a responsabilização objetiva, entretanto, há previsão da responsabilização subjetiva para os profissionais liberais, ante a pessoalidade na prestação do serviço.

Os médicos enquadram-se no conceito de profissional liberal uma vez que assumem pessoalmente a prestação obrigacional frente ao paciente. Enquadram-se, portanto, no conceito de profissional liberal os médicos especialistas em anestesiologia e nesta toada há discussão acerca da natureza da obrigação assumida por este profissional.

Há que se ter em mente que o contrato estabelecido entre médico anestesiológista e paciente deve ser tratado como sendo de meio, afinal este profissional obriga-se a empregar toda a sua diligência e técnica disponível para o bom andamento do procedimento cirúrgico. Entretanto, como ciência inexata a anestesiologia lida com o fator álea e, ainda, que todo o atuar do médico tenha sido de acordo com os parâmetros estabelecidos, resultados imprevistos podem acontecer. Considerar a obrigação deste profissional consistente em fazer o paciente adormecer e posteriormente acordar demonstra falta de sensatez e desconhecimento dos limiares desta ciência. Neste ponto reside o erro em classificar esta obrigação como de resultado.

O desenvolvimento da ciência médica acarretou a especialização dos profissionais atuantes nesta área. Esta especialização, por sua vez, acarretou a necessidade de formação de equipes para a realização de procedimentos cirúrgicos

O médico anestesiológista age paralelamente a outros profissionais, de modo que a sua atividade se constitui em atividade meio para a obtenção de fins maiores. Sendo, sempre este profissional irá trabalhar integrando uma equipe médica, ainda, que esta união seja em face uma única cirurgia, ela existe.

O atual estágio de desenvolvimento da ciência anestesiológica propiciou ao profissional o ganho de autonomia na condução de seu trabalho. Assim, cabe unicamente ao médico anestesiológista a escolha de como atuar. Nesse sentido, não se concebe mais a possibilidade de responsabilização solidária entre o cirurgião-chefe e o médico anestesiológista, unicamente por integrarem uma mesma equipe.

Outra questão que se mostra relevante é a consistente à responsabilização do médico anestesiológista em face do erro do médico residente. O médico residente, apesar de estar na condição de estudante, possui habilitação legal para a prática do ato médico e, portanto, se agir, sozinho, sem a supervisão de seu preposto, responderá por seu ato isoladamente. Outra é a situação do médico anestesiológista que está atuando sob a supervisão do médico preposto. A este é incumbido o dever de vigilância e ensino, de modo que se o médico residente incidir em erro, ambos serão solidariamente responsáveis. O preposto responde pela configuração da culpa *in vigilando*.

Um outro problema enfrentado no cotidiano dos médicos anestesiológos se dá em face de problemas enfrentados no uso de equipamentos e substâncias. Assim, é importante fazer uma diferenciação: se o dano causado ao paciente foi em decorrência do mau funcionamento do equipamento ou da impropriedade da substância, a responsabilização não deverá recair sobre o médico anestesiológista, desde que este tenha feito bom uso do aparelho e procedido ao manuseio correto da substância, seria o caso de responsabilizar o fornecedor ou o fabricante; entretanto, se o dano adveio da imperícia, da negligência ou da imprudência do profissional, que não soube utilizar os instrumentos da profissão, ou o fez, mas de modo inabilidoso, é o caso de responsabilizá-lo.

Cabe, ainda, fazer um breve apontamento sobre a importância da obtenção do consentimento informado do paciente, frente o atual estágio de autonomia deste. A prestação da informação é importante para ambos os pólos da relação. Para o paciente a fim de que possa colaborar na tomada de decisões e ter conhecimento do que se passa com seu corpo. E para o médico a fim de compartilhar suas decisões e casualmente eximir-se de eventual

imputação de responsabilização em face de carência de informação. Esta informação, contudo, deve ser clara, suficiente e verdadeira, evitando-se assim termos demasiadamente técnicos, próprios dos jargões da profissão.

Assim, verifica-se que a responsabilidade do médico anestesiológista será auferida mediante a análise dos pressupostos da responsabilização civil, quais sejam, conduta, dano, e nexo de causalidade. Deverá sempre estar presente, também, a configuração da culpa para que haja o dever de indenizar por parte deste profissional.

REFERÊNCIAS

BEVERLEY. Orser A., Desvendando a Anestesia. *Mente e Cérebro*. São Paulo, nº 195, p. 58-63, abr. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 24 maio 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 25 abril 2011

BRASIL. *Decreto nº 80.281 de 05 de setembro de 1977*. Regulamenta a Residência Médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. Brasília, 1977. Disponível em: <portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&task> Acesso em: 02 abril 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.932 de 07 de julho de 1981*. Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6932.htm> Acesso em: 02 abril 2012

BRASIL, *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 25 janeiro 2012

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 24 maio 2011.

BRASIL. STJ. REsp 316.283-Pr. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/12/2001, DJ 18/03/2002.

BRASIL, STJ. REsp 436.827 SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/10/2002, DJ de 18/11/2002.

BRASIL. STJ. REsp 605.435 RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/07/2009, DJe 16/11/2009.

CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Consentimento Livre e Esclarecido em Anestesiologia. *Revista Bioética*. São Paulo. v. 18.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo Consulta nº 0913/91 PC/CFM/Nº 03/1992. Rel. Hilário Lourenço de Freitas Junior. Brasília 08 novembro 1991.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.363 de 12 de março de 1993*. Brasília, 1993 Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1993/1363_1993.htm> Acesso em: 12 julho 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1802, de 04 de outubro de 2006*. Dispõe sobre a prática do ato anestésico. Revoga a Resolução CFM n. 1363/1993. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1802_2006.htm> Acesso em: 5 abril 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1931 de 17 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2009. Disponível em: <www.portalmédico.org.br/novocodigo/index.asp> Acesso em: 20 maio 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. Parecer nº 36/2010, de 13 de novembro de 2010 Rel.: Cons. José Málbio Oliveira Rolim.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*: repertório jurisprudencial; Teoria da Eleição Procedimental; Iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63-64.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Responsabilidade Civil. 18. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2004.

DRIPPS, Robert D.; ECKENHOFF, James E.; VANDAM, Leroy D. *Anestesiologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade Civil da Atividade Médica*: no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FEREZ, David; CALLEGARI, Desiré Carlos; POSSO, Irimar de Paula; et. alli. (coord.). *Manual de orientação ao anestesiológico*. 2 ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo/Sociedade de Anestesiologia do Estado de São Paulo, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Anestesia: obrigação de meios ou de resultados*. Disponível em: <www.ibemol.com.br/sodime/artigos>. Acesso em: 20 março 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 3.v. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. 4.v. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERRERO, José Llagunes; REINA, Carmen; BLASCO, Lucrecia; et. alli. Erros farmacológicos na prática anestésica: quatro casos de morbidade não fatais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. Campinas, v. 60, n. 1, jan/fev. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942010000100008>> Acesso em: 10 out 2011.

JEGIER, Mário Alberto; LEONE, Fernando José. *Manual de anestesiologia: conceitos e aplicações para a prática diária*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LICINO FILHO, Rui. *Da Responsabilidade Civil dos Anestesistas à Luz do Novo Código Civil e Sua Atribuição como Obrigação de Meio*. Disponível em:<<http://www.lmmr.com.br/site/wp-content/uploads/2010/03/Da-Responsabilidade-Civil-Dos-Anestesistas.pdf>> Acesso em: 20 fev 2011.

LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; THOMAZ, João Batista. *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

MARTINS, Luiz Antonio Nogueira. *Residência Médica: estresse e crescimento*. 2.ed. São Paulo: Caso do Psicólogo, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008

MENDES, Nelson Figueiredo. *Responsabilidade ética, civil e penal*. São Paulo: Sarvier, 2006.

MORAES, Celina Bodin. *O Princípio da Solidariedade*. O presente texto foi escrito especialmente para integrar o volume comemorativo do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio. Disponível em: < <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 15 nov 2011.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. 7. v. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline. *Estudos e pareceres sobre direito médico e da saúde*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PETROUCIC, Mariana Zocca. *A Responsabilidade Civil do Médico Anestesiologista*. 2008. Monografia apresentada como requisito para obtenção de grau em bacharel em Direito – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente – São Paulo, 2008.

PINHEIRO, Pedro. *Anestesia Geral: quais os riscos*. 24 out 2010 Disponível em: <ANESTESIA GERAL | Como funciona e quais os riscos <http://www.mdsaude.com/2010/10/anestesia-geral.html#ixzz1amo2r14j>> Acesso em: 11 out 2011.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joseppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2008.

REGATIERI, Fabio Luis Ferrari. Intoxicação por anestésicos locais. Disponível em: <http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=57> Acesso em: 09 out 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica, criminal e ética: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Resposanbilidade civil e penal do médico*. 3. ed Campinas: Servanda, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOELTING, Robert k.; MILLER, Ronald D. *Bases de Anestesia*. 4. ed. São Paulo: Roca, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo:Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade subjetiva como regra geral do novo código civil brasileiro*. Disponível em:

<<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>> Acesso em: 30 setembro 2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Tipos de Anestesia*. Disponível em: <<http://www.hu.ufsc.br/~ccirurgico/fofia3.htm>> Acesso em: 11 out 2011

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. 4.v São Paulo: Atlas, 2004.